



TEISĖS MOKSLO PAVASARIS

2021

Vilniaus universiteto
Teisės fakulteto
Studentų mokslinė draugija





TEISĖS MOKSLO PAVASARIS 2021

Vilniaus universiteto
Teisės fakulteto
Studentų mokslinė draugija



VILNIAUS
UNIVERSITETO
LEIDYKLA

2021

Mecenatas



Rėmėjai:



Rödl & Partner

ISSN 2345-0878 (spausdintas)
ISSN 2538-8916 (internete)

© Vilniaus universitetas, 2021

*Gerbiamieji šio leidinio
autoriai ir skaitytojai,*

Jūsų rankose – naujausias Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Studentų mokslinės draugijos leidinys – mokslinių pranešimų pagrindu parengtų straipsnių rinkinys. Kiekvienais metais Studentų mokslinės draugijos iniciatyva rengiami studentų tyrimai yra unikalūs kolektyvinio dalinimosi žiniomis ir patirtimi pavyzdys. Dviejų fakulteto studentų tyrimas pasirinkta aktualia teisine ar tarpdisciplininė tematika vykdomas vadovaujant akademiniam kuratoriui – dėstytojui, ir bent vienam teisės praktikui – profesionalui. Studentų ir jų vyresnių kolegų bendradarbiavime matome didžiulį potencialą. Tokia jaunystės ir patirties bei teorinio ir praktinio darbo simbiozė leidžia tikėtis brandžių ir inovatyvių teisinės minties kūrinių, suteikia studentams galimybę kartu su patyrusiais specialistais ieškoti atsakymų į įdomiausius klausimus, spręsti teises problemas, atliepiančias šiandienines aktualijas, o dėstytojams ir praktikams – tai įdomi patirtis ir galimybė.

Matydamas išleistą bendro darbo rezultatą, nuoširdžiai dėkausiui tuo, kad pandemijos suvaržymai nesutrukdė Studentų mokslinės draugijos nariams įvykdyti užsibrėžtus tikslus, tuo įrodant jų atkaklumą, susitelkimą ir brandą. Viliuosi, kad šių darbų autoriai greitai laiku papildys mūsų fakulteto doktorantų ir dėstytojų gretas. Akademiniams ir praktiniams kuratoriams, darbų vertinimo komisijos nariams dėkoju už jų laiką ir kantrybę, Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Studentų atstovybei, ELSA Vilnius ir doc. dr. Rimantui Simaičiui už pastangas koordinuojant ir organizuojant Studentų mokslinės draugijos veiklas, o Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Alumni draugijai – už entuziastingą paramą.

Linkėjimai,

Prof. Dr. TOMAS DAVULIS

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto dekanas

2021 m. rugsėjo 9 d., Vilnius

TURINYS

Epic Games v. Apple: Fortnite Battle that Can Change the Industry <i>Agnė Smagurauskaitė, Paulina Ambrasaitė</i>	6
Skaitmeniniai duomenys: ar reikalingas naujas teisinis reguliavimas? <i>Akvilė Medvedevaitė, Gabrielė Velta Mickevičiūtė</i>	26
Telemedicina: probleminiai (ne)reguliavimo aspektai ir ateities perspektyvos <i>Alanas Gulbinas, Kamilė Jogminatė</i>	50
Restrictions During Pandemic: Justified but is it Lawful? <i>Andra Mažrimaitė, Vytautas Pasvenskas</i>	70
China's Responsibility for the Covid–19 Pandemic: An International Law Perspective <i>Andrius Piepolis, Kamilė Smilgevičiūtė</i>	92
Nuotolinio teismų darbo Lietuvoje galimybės ir perspektyvos <i>Arnas Malakauskas, Raminta Matulytė</i>	110
Turinio viršenybė prieš formą principas, taikymas mokestiniuose ginčuose <i>Arnas Sabalys, Robertas Remeika</i>	129

Rezoliucijos priimti ieškinį apskundimo problematika	
<i>Aušrinė Dambrauskaitė, Roberta Biveinytė</i>	146
Vaiko atvaizdo naudojimas reklamai socialiniuose tinkluose	
<i>Beatričė Jasinskaitė, Monika Ubavičiūtė</i>	162
Civilinė ir baudžiamoji atsakomybė už savivaldžių automobilių sukeltą žalą	
<i>Deimantė Rimkutė, Kristijonas Povylis</i>	182
Kodėl administraciniam procesui (ne)reikalinga kasacija?	
<i>Deividas Jokšas, Erika Katiševskaja</i>	211
Kibernetinis persekiojimas (cyberstalking): viktimizacijos ypatumai ir teisinio reagavimo galimybės	
<i>Gabija Panomariovaitė, Justina Zokaitė</i>	235
Trečiųjų šalių slapukai: koks pasaulis be jų?	
<i>Milda Aušrinė Janušauskaitė, Justė Juškaitė</i>	258

EPIC GAMES v. APPLE: FORTNITE BATTLE THAT CAN CHANGE THE INDUSTRY

Paulina Ambrasaitė, Agnė Smagurauskaitė

Vilnius University Faculty of Law

4th year Law students

Saulėtekio av. 9, I block, 10222 Vilnius

Email addresses paulina.ambrasaitė@tf.stud.vu.lt;

agne.smagurauskaite@tf.stud.vu.lt

Academic supervisor of the paper lecturer Dr. LL.M. Paulius Jurčys

Email address pjurcys@gmail.com

Practical supervisor of the paper lecturer Marius Juonys

Email address marius.juonys@ellex.lt

Summary. When Apple Store was launched, there were 500 applications available for iPhone users. Since then, the number of applications in the App Store skyrocketed and in 2017 reached around 2.2 million. In recent years, the number of apps in the App Store is steadily declining, due to Apple's decision to remove old apps that do not function or the apps that do not follow current app guidelines. The distribution of the apps is only available through the App Store, where the only available payment processor is controlled by Apple. That places Apple in a unique position.

The case Epic Games v. Apple raises a broader discussion, whether Apple as the “gatekeeper” of Apps can restrict distribution and access to the apps in the iOS operational system, and whether that kind of activity can be deemed as a monopolist and restrictive competition in App distribution market. This paper will analyze and critically evaluate the recent lawsuit that was brought up against Apple by Epic Games. The main aspect of this analysis is whether Apple can legally restrict the developer's ability to distribute the applications through the App Store and if it does not restrict the competition.

This article is composed of several chapters. Chapter one will examine the relevant facts of the Epic and Apple lawsuit and will summarize the key arguments of this case. The second chapter will explore the relevant legislation and the relevant market related to previously mention proceedings and will explain how the doctrine of the essential facility might affect the case. Chapter three will delve into similar cases brought up earlier and will cover the distribution of digital goods. Chapter four will provide conclusions and the paths moving forward.

The object of the paper is to perform a detailed analysis of the case. The purpose of the paper is an assessment of the relevant facts and legal framework regarding Epic's claim, as well as analyze the topics of foreclosure and dominance in the market. To write this paper several academic writing methods such as descriptive to provide readers with relevant legislation and inform them about relevant facts of the case, also analytical to form the readers' opinions regarding the recent events and activities of both sides of the suit, also a comparative to compare different legal frameworks in the United States of America and European Union regarding the regulation of monopoly were used. There is no doubt this topic has enormous relevance because of its' possible after-effects. Epic's claim already has an impact not only on Apple but also on the whole app development and distribution industry of digital goods and might create a precedent to the similar cases. Currently, this claim is only discussed in the media, and there is no precedent. This article will not give a clear answer to how this lawsuit will be resolved, because it mainly depends on court interpretation of the relevant market. We would rather give a few alternative solutions to this case.

Keywords: antitrust, monopoly, foreclosure, restriction of competition, App market.

1. Merits of the Case

Epic Games, Inc. is an American video game and software developer located in Cary, North Carolina. The company is best known for the video game Fortnite, where the player is transported to a post-apocalyptic, zombie-infested world, which has been released in July 2017 and has 350 million players across the globe. On the morning of August 13, 2020, Epic Games released an update of the previously mentioned game and implemented a new feature for users to purchase V-Bucks (Fortnite's electronic currency) bypassing Apple's payment system. They added a direct payment option to Fortnite for iOS users, giving players the option to use Epic's direct payment system instead of using Apple's payment processor.

Rather than tolerate this, Apple responded by removing the Fortnite game from the App Store. Also, Apple cut off Epic's access to all development tools necessary to create software for Apple's platforms – including for the Unreal Engine which is also controlled by Epic. Apple has never claimed Unreal Engine violated Apple policy. Millions of developers rely on the Unreal Engine to develop software, and hundreds of millions of consumers use it. Therefore, Apple is attacking not only Fortnite but the entire Epic's business.

After Apple's actions, Epic Games filed the complaint for injunctive relief to the United States District Court Northern District Of California. Sometime after the Epic claim, Apple countersued. On October 9th, 2020, the Court issued the order partly

granting and denying a motion for preliminary injunction stating that Epic Games bears the burden in asking for such extraordinary relief. Also, the court order stated that Apple is enjoined from taking adverse action against the Epic Affiliates concerning restricting, suspending, or terminating the Epic Affiliates from Apple's Developer Program. This preliminary injunction shall remain in effect during this litigation unless the Epic Affiliates breach any of their governing agreements with Apple, or the operative App Store guidelines. Given the novelty and the magnitude of the issues, as well as the debate in both the academic community and society at large, the Court is unwilling to tilt the playing field in favor of one party or the other with an early ruling of the likelihood of success on the merits.

1.1. Raised arguments relating the App Store

First of all, it is important to mention that this case concerns Apple's practices in two main markets:

- i) the distribution of software applications ("apps");

Table No 1. *The main arguments and counterrarguments*

Epic Games	Apple
Apple imposes unreasonable and unlawful restraints to completely monopolize both markets	Competition both inside and outside the App Store is fierce at every level: for devices, platforms, and individual apps. <i>Fortnite</i> users can spend their V-Bucks in no fewer than six different mobile, PC, and game-console platforms
Apple prevents iOS users from downloading any apps from any source other than Apple's App Store. The result – developers are prevented from selling or distributing iOS apps unless they use App Store, and accede to Apple's oppressive terms and conditions	Epic Games demanded the right to coopt the App Store to deliver an Epic Games Store app, in another bid to line Epic's pockets at Apple's expense and fundamentally change the way Apple has run its App Store business for over a decade on the operating system for iPhones and iPads
Apple exacts an oppressive 30% tax (in some cases – 15%) on the sale of every app	The commission reflects the immense value of the App Store, which is more than the sum of its parts and includes Apple's technology, tools, software for app development and testing, marketing efforts, platinum-level customer service, and distribution of developers' app and digital content
Apple coerces all app developers who wish to use its App Store – the only means with which to distribute apps to iOS users – to use exclusively Apple's own payment processing platform for all in app purchases (Apple requires developers to agree they will not even offer users the choice of additional payment processing options alongside Apple's; prevents even mentioning to users the option of buying the same content outside of the app)	iOS In-App Payment Processing Market is simply practical, efficient, hardware-integrated, and consumer-friendly way by which Apple collects its contractually agreed-upon commission on paid transactions. Apple manages all aspects of the transaction on behalf of the developer—from offering an extensive library of tools for app development, to the promotion and marketing of apps within the App Store in order to provide safe environment to download apps onto customers' Apple devices without compromising privacy, security or functionality
Epic would provide a competing app store on iOS devices, which would allow iOS users to download apps in an innovative, curated store and would provide users the choice to use Epic's or another third-party's in-app payment processing tool	Blocking third-party app distribution platforms is necessary to enforce privacy and security safeguards. Business practices that Epic decries as exclusionary and restrictive – including "technical restrictions" on the App Store that have existed since it debuted in 2008 – have vastly increased output and made the App Store an engine of innovation
Epic is not seeking monetary compensation; Epic is seeking injunctive relief to allow fair competition	Epic's lawsuit is nothing more than a basic disagreement over money. The lawsuit is a way for Epic's demand for special treatment after Apple rejected Epic's requests to make a special deal

- ii) the processing of consumers' payments for digital content used within iOS mobile apps ("in-app content").

Therefore, these are the main aspects of the case that will be analyzed in this paper. Epic claims that these markets should be understood as a single market where Apple acts as a monopolist. Apple argues that these markets are separate and believes the processing of consumers' payments is not inextricably linked with apps and is related to App Store functionality. Also, there are a lot of various arguments in the claim and counterclaim raised. The table below summarizes the main arguments stated in Epic's claim and Apple's counterclaim.

As the table shows, two main reasons for the disagreement could be raised. One of the reasons why Epic decided to sue Apple is the size of commission Apple takes. Every

Table No. 2. Comparison of app development platforms

	Data Collection	Payments	Distribution	Pricing	Revenue cuts
Apple iOS	Collected data must be secure, paid functionality must not require a user to grant access to his data	Apps cannot use their own mechanisms to unlock functionality. Also, their metadata cannot include buttons, external links, that direct customers to purchasing mechanisms other than in-app purchase	Developer cannot modify, translate, reproduce, distribute, or create derivative works of the app or any part thereof. Developer shall not rent, lease, loan, sell, sublicense, assign or otherwise transfer any rights in the app	The Apple Developer Program annual fee is 99 USD and the Apple Developer Enterprise Program annual fee is 299 USD, in local currency where available. Prices may vary by region and are listed in local currency during the enrollment process	Developers who bring in App Store revenue of up to \$1 million each year will pay only a 15% fee for the following calendar year—until they hit \$1 million. After that, the rate goes back up to 30%
Google Play	Apps may only request permissions that are necessary to implement current features or services in app that are promoted in app's Play Store listing.	The entity authorized by Google to provide services that enable Developers with Payment Accounts to be paid for Products distributed via Google Play	Developer may not use Google Play to distribute or make available any Product that has a purpose that facilitates the distribution of software applications and games for use on Android devices outside of Google Play	One-time registration fee of 25 USD	Google takes a 30% cut of all software sales going through the Play Store
PlayStation	Developer shall, at a minimum implement measures to protect the confidentiality, security, and integrity of any Personal Information collected; provide notice to users of developer's privacy practices	Each adult account has an online wallet which can store funds and make PlayStation Store purchases. This wallet can be topped up by various payment methods. A child account can only make purchases using funds from the family manager's wallet within a monthly spending limit	Developers are allowed to publish, distribute, supply, sell, market, advertise and promote Physical Media Products directly to end-users or to third parties for distribution to end-users. Digitally Delivered Products and any subscriptions or services associated with Licensed Products shall be distributed through PlayStation Network only	PlayStation 4 game development kit costs about 2,500 USD (includes a console)	Sony is reported to take a 30% cut from games sold in the PlayStation Store, though the split isn't publicly disclosed.

transaction in App Store is done by Apple Pay, a payment processor which is control by Apple. Epic claims that Apple imposes unreasonable and unlawful restraints to completely monopolize both markets (mentioned above) and prevent software developers from reaching the over billion users of its mobile devices (e.g., iPhone and iPad) unless they go through a single store controlled by Apple, the App Store, where Apple exacts an oppressive (according to Epic) 30% tax on the sale of every app. As Epic stated, Apple also requires software developers who wish to sell digital in-app content to those consumers to use a single payment processing option offered by Apple, In-App Purchase, which likewise carries a 30% tax.

On the other hand, Apple is not the only platform that takes a commission from developers. The table below illustrates the differences and similarities of several app development platforms and the commission fees they take.

As the table indicates, Apple iOS is not the only platform that takes revenue cuts from developers. Apple differs developers according to the revenue they make. Google Play, another App Store of Android, and Play Station take the same “oppressive” (as Epic claims) 30% revenue cuts from all developers. Therefore, Apple is not the only platform that takes a commission. Google, PlayStation, and other platforms do the same. Apple has different criteria for app developers, so it could be concluded that the apple platform should be considered more favorable for app developers in terms of price than other platforms. Therefore, it might seem that Epic’s argument about “oppressive” 30% tax is not quite right.

On the other hand, this situation rises a way more important question - whether the dispute is actually about the revenue cuts Apple takes. As Epic stated in the claim, they are not seeking monetary compensation and are concerned about allegedly monopolistic practices of Apple, especially its’ control over the essential facility and refusal of access to it. This means Epic should focus on proving the absence of alternatives and foreclosure.

Therefore, an analysis of whether Apple restricts access to the essential facility (relevant market) will be covered further. Mentioned revenue cuts will be analyzed only as one of the criteria of the essential facility’s doctrine.

As mentioned earlier, the court stated Epic’s required preliminary injunctive relief is an extraordinary measure rarely granted. Epic’s lawsuit challenges the fundamental operation of digital platforms affecting millions of users. To resolve it, the Court must apply statutes enacted more than a century ago—to a technology context where lawyers and economists can merely hypothesize about the future of the digital frontier. While courts are charged with adjudicating cases of significant impact, they do so cautiously, and on full records, with the status quo intact. Therefore, a brief analysis of the main statutes related to competition law is needed.

2. Definition of monopoly in the United States

2.1. The legal framework of private antitrust litigation

The key pieces of antitrust legislation in the United States — the Sherman Antitrust Act of 1890 and the Clayton Act of 1914 (Sawyer, U.S. Antitrust Law, and Policy in Historical Perspective, 2019, p. 1). Section 2 of the Sherman Act makes it unlawful for any person to “monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations” (Supreme Court of the United States May 13, 2019 ruling). In other words, ever since the enactment of the Sherman Act, protecting consumers from monopoly prices has been the central concern of antitrust (Supreme Court of the United States May 13, 2019 ruling).

Also, US antitrust laws provide a basis for a dual enforcement regime, which means not only governmental agencies such as The Department of Justice or Federal Trade Commission, can launch an investigation regarding the infringement of antitrust, but also the private entities can go to private litigation.

The legal basis for commencing a private federal antitrust action is contained in the Clayton Act (15 U.S.C. § 15(a)) which states that “any person who shall be injured in his business or property because of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States”. The broad text of “any person” who has been “injured” by an antitrust violator may sue—readily covers consumers who purchase goods or services at higher-than-competitive prices from an allegedly monopolistic retailer (Supreme Court of the United States May 13, 2019 ruling). Therefore, Epic Games, Inc. is a legitimate claimant.

On the other hand, to bring an action, a party must have constitutional “standing”. Antitrust standing is limited to consumers and competitors in the relevant market and, as recognized by some courts, those whose injuries are “inextricably intertwined” with the alleged conduct. A claimant’s injury is “inextricably intertwined” with the alleged conduct if the claimant was directly targeted and its harm was “the essential component of [the defendant’s] anticompetitive scheme as opposed to an ancillary by-product of it.” (United States Court of Appeals for the Third Circuit November 12, 2015 ruling).

The claimant has the initial burden to show an agreement in restraint of trade, and that the agreement produced adverse, anti-competitive effects within a relevant product and geographic market. The claimant can meet its burden on the latter by showing the existence of actual anticompetitive effects (such as reduced output, increased prices, or reduced quality), or by showing that the defendants possessed “market power”, that is, the ability to raise prices above those that would prevail in a competitive market. If the claimant makes this initial showing, the burden of proof shifts to the defendant to show that the challenged conduct promotes a sufficiently pro-competitive objective. If the

defendant rebuts, the burden returns to the claimant to show that the chosen restraint is not reasonably necessary to achieve the stated objective (Saint-Antoine et al., 2019, page 7-8).

In the case under analysis, Apple's actions allegedly harm millions of innocent consumers worldwide — the players who enjoy Fortnite and other Epic games—which will sever their trust with Epic, a loss that is impossible to quantify. Because Apple has now removed Fortnite from the App Store, iOS users cannot receive updates and will soon be stranded in an outdated version of the game. This harm to Epic's iOS customers will irreparably harm Epic's goodwill and reputation, as Epic believes.

Besides, Apple's retaliation represents an existential threat to Epic's Unreal Engine. To retaliate against the suit, Apple decided to ban games using Epic's Unreal Engine from its storefront. Providers of OS like Apple routinely make certain software and developer tools available to software developers, for free or a small fee, to enable the development of software that will run on the OS. Apple intends to deny Epic access to that widely available material. Without that access, Epic could not develop future versions of the Unreal Engine for use on iOS. It affected developers who use the Unreal Engine on Apple products in many fields and it cannot be repaired with a monetary award. This is quintessential irreparable harm. Therefore, Epic's injury is inextricably linked to Apple's conduct aimed at restricting competition. On October 9th, 2020 the judge ruled against that ban. Yet, for a few months, the access was denied and the harm was suffered.

Moreover, Epic stated, that access to the iOS platform is an essential facility for app developers to reach more than a billion users (who are, as Epic states, relevant market) and conditioning that access on acquiescence not to compete against Apple in the In-App Payment Processing Market maintains Apple's monopoly there.

2.2. Insights on the relevant mobile Apps market

In competition law, a relevant market is a market in which a particular product or service is sold. The first step in virtually any antitrust case is to define the relevant market in which the competitive harm is alleged. A relevant market is a collection of goods or services that can profitably be sold at a monopoly price (McKenna, 2020, p. 2078).

Market power can be proven in one of two ways: either by direct evidence of market power by showing actual supra-competitive prices and restricted output or by circumstantial evidence of market power which shows that the defendant has a dominant share in a well-defined relevant market and that there are significant barriers to entry in that market (United States District Court, September 11, 2013 ruling). In this dispute, the Parties decided to describe a relevant market in two different ways.

2.2.1. Narrow definition of relevant market

Epic describes a relevant market in three main aspects:

1. Apple is a monopolist in the relevant market, which could be defined as the App Store;
2. Apple's practices are monopolistic since it contractually forbids developers to distribute iOS-compatible versions of their apps outside the App Store;
3. Apple holds a monopoly in the payment processing services market since it contractually bonds developers to use Apple's pre-installed processing service.

Useful indicators of monopoly power or the absence of such power include the size and competitive strengths of the defendant, its' competitors, supra-competitive profit levels, barriers to competition in the industry that would thwart new entry or the expansion of existing competitors, and historical trends within the industry (Holmes, Mangiaracina, 2020, p. 367, 389).

The asset of economic assumptions rooted in the current antitrust thinking does not fit into the digital economy (Shili, S, 2020, p.8). Epic keeps in mind that, Apple's platform is a two-sided business, where two sets of customers require each other for the creation of value (Jullien, 2005, p.4 & Bloodstein, 2020, p. 195) and the value to each side increases as more members participate on either side. The platform plays a crucial role in creating these indirect network effects (Edelman, 2015). App Stores facilitate the interaction between them in return for a fee, which consists of a percentage of the transaction, charged to the developer (Bostoen, Mandrescu, 2020, p. 8), who includes this fee directly in the price that is paid by consumers. This "tax" means Apple often makes more money from a developer's customer than from the developer (Financial Times, 2020). Apple uses every tactic to protect this revenue source, firstly not informing the user about it. To support this claim, an example of Facebook could be given. Apple obligated Facebook to delete the notice that Apple takes 30% of App Store commission because it violates App Store's policy by showing "irrelevant" information to users. By allowing implant direct payment measures in the apps like Fortnite., Apple's payment processor would lose its competitive advantage.

According to Epic, Apple controls a critical gateway to the modern digital economy that is the only way for iOS users to legally download apps. By using users' data, Apple has created the consumer-tailored ecosystem, where for iPhone users is impossible to switch to an alternative because the costs to switch for the alternative are over 50 times higher than a 5% app price increase. This is because Apple has been strategically designing their product portfolios and building up walls between ecosystems to increase switching costs and make it inconvenient. (Shili, 2020, p. 14). Only a few iOS users are prone to switch to other operational systems. In addition, digital platforms like the App store enjoy direct network effects, then users and app developers attract each other and vice versa (Zhu and Iansiti, 2019).

This effect creates enormous problems for developers, who want to change the status quo. To create the change, they need the critical mass of fellow developers and users, who probably face the additional cost and discomfort to quit App Store. If developers could create an alternative platform to get a benefit of the network effect, they would need to attract a critical mass of other developers and users to ensure the platform's utility. (Shili, 2020, p.20). This specific concern for two-sided platforms creates an environment where the market's efficiency, at least in digital markets, is maximized with only a few firms, each seeking control of the market.

According to this point of view, the relevant market that suffers due to lack of competition is all Apple Store consumers. First and foremost, they have to endure Apple commissions from every transaction, that is passed from the developers and experience a platform innovation regarding the in-app payments. An iOS user can't get an app from the outside App Store unless she/he decides to change the iPhone to a phone which has a different operating system. As well, the ability to make in-app purchases, only with Apple controlled payment processor denies a choice for consumers of an in-app provider. According to Epic, Apple has absolute control not only of the distribution of apps but also regarding the payment process. The app developers have only two alternatives: to put up with Apple's monopolistic practices or leave the App Store entirely.

2.2.2. Wide definition of relevant market

On the other hand, should consumers be considered as a relevant market in this case? Epic's narrow definition of the relevant market only iOS users and Apple's App Store (rather than app distribution platforms generally) rises a doubt both as a legal and factual matter. While the Supreme Court recognized in 1992 a single-brand market in *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, the case is widely considered to be an outlier in light of subsequent case law (M. Barnett, Jonathan, October 26, 2020). Courts have consistently refused to consider one brand to be a relevant market of its own when the brand competes with other potential substitutes (United States District Court, August 20, 2008 ruling).

Apple Store may fit into this category. From a different point of view than mention previously, the existing and new customers of Fortnite can still access the game through multiple platforms and on multiple devices other than the iPhone: PC (including Mac's (macOS)), laptops, game consoles, and non-iOS mobile devices. It is important to mention that Google has also removed Fortnite from the Google Play store related to added direct payment feature in the game, yet it is not directly related to the Apple Play store and it should not be considered relevant while analyzing the relevant market in this case (M. Barnett, Jonathan, October 26, 2020). Therefore, there are other alternative distribution channels where Epic Games can reach customers.

Also, as the statistics show, iOS (Apple) is far more popular in the US than, for example, the Android operational system, yet worldwide Android accounts for over 70% of mobile users while Apple share accounts for around 25%. Therefore, it is doubtful whether it could be concluded that Apple holds a monopoly over the relevant market.

In the case under analysis, Epic tries to prove the narrow definition of the relevant market while Apple holds to the wider understanding. Therefore, if the Court agrees with Epic Games that the market is all iOS mobile devices, then Epic should find no difficulties to prove that Apple has a complete (or near) monopoly in that market. But if the market includes non-iOS mobile devices, as Apple claims, Epic may lose the case. As mentioned earlier, Apple's global market share is only around 25%. In previous cases, the Court stated that it is doubtful whether 60% of the market would be enough. Therefore, 25% percent is not (Circuit Court of Appeals, Second Circuit, March 12, 1945 ruling). Consequently, the outcome of the case will depend on which of the Parties will prove the definition of the relevant market.

2.3. Is the App Store an essential facility?

Epic's claim starts with a refusal to supply access to an allegedly essential facility. Since iOS is a closed system fully controlled by Apple, access to the Apple Store is in the hands of Apple and cannot be achieved without Apple's approval. The constant refusal of Apple to grant it gives rise to a question of whether it controls access to an essential facility (Mandrescu, 2020). If the facility is truly essential in this case, a denial of access means the monopolist will be immune, at least for some time, to most instances of competition (Pitofsky *et al.*, 2002, p. 443)

In general, the essential facility doctrine has been articulated as a subset of the so-called "refusal to deal" cases which place limitations on a monopolist's ability to exclude actual or potential rivals from competing with it. The essential facilities doctrine imposes liability when one firm, which controls an essential facility, denies a second firm reasonable access to a product or service that the second firm must obtain to compete with the first. Where facilities cannot practicably be duplicated by would-be competitors, those in possession of them must allow them to be shared on fair terms. It is an illegal restraint of trade to foreclose the scarce facility.

Because the doctrine represents a divergence from the general rule that even a monopolist may choose with whom to deal, courts have established widely adopted tests that parties must meet before a court will require a monopolist to grant its competitors access to an essential asset. Specifically, to establish antitrust liability under the essential facilities doctrine, a party must prove four factors:

- (1) control of the essential facility by a monopolist;
- (2) a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility;

- (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and
- (4) the feasibility of providing the facility to competitors. (Pitofsky *et al.*, 2002, p. 448)

Courts rarely impose liability under the essential facilities doctrine, in large part because the doctrine requires a showing that the facility controlled by the defendant firm is truly essential to competition (Pitofsky *et al.*, 2002, p. 449), not to mention, courts have not applied the essential facilities doctrine to digital platforms. The question is whether this doctrine could be applied in this case. Therefore, it is necessary to analyze whether the Apple App Store (iOS App Distribution Market and the iOS In-App Payment Processing Market) meet the criteria mentioned above for the essential facility doctrine to be applied (Guggenberger, 2020).

2.3.1. Control of the Essential Facility

For a user to download an app into an iOS device, the app must be compatible with Apple's iOS. If an app developer wishes to use iOS, they must enter into Apple's Developer Agreement. The Developer Agreement requires developers to distribute their apps (which are compatible with iOS) solely through the App Store. Therefore, the App Store is the sole means by which a third-party developer may distribute apps to iOS devices (Ostrowski, 2020). Developers are barred from reaching over one billion iOS users unless they go through Apple's App Store, and on Apple's terms.

Also, to say whether Apple has control over the essential facility the Court should conclude which understanding of the relevant market – wider or narrower – in this case, should be applied. If the wider understanding is applied, it is doubtful whether the Apple Store should be understood as the essential facility since developers (Epic Games included) can reach a wide range of customers through other platforms. If it is concluded that the relevant market is iOS consumers (narrow understanding) then Apple Store may be considered as the essential facility.

2.3.2. Inability Practically or Reasonably to Duplicate the Essential Facility

Apple imposes several technical restrictions in the iOS App Distribution Market:

1. Apple prevents iOS users from downloading App Stores or apps directly from websites. Apple has designed technical restrictions. As a result, iOS consumers must use Apple's App Store to download any apps to their devices, app developers must use Apple's App Store to distribute their apps to consumers;
2. Apple pre-installs its App Store on the home screen of every iOS device it sells. Apple does not pre-install or allow any competing App Stores anywhere on iOS

devices. Apple also disables iOS users' ability to remove the App Store from their devices.

Consequently, it seems that it is impossible to install any other App Store in the iOS or download Apps from other sources and it makes Apple's App Store irreplaceable.

2.3.3. Denial of the Use of the Facility to Competitors

This element may appear uncomplicated when an absolute denial is involved but can become complex when a more limited denial is alleged or when parties merely disagree on the price or other terms at which access to some asset can be bought (The United States Department of Justice, p. 128, cited Werden, *supra* note 78, at 456). In this case, there is a more complex scenario since Epic Games Inc. argues not only denial of access but also revenue cuts Apple makes from App developers in its Apple Store.

Epic claimed, that by imposing a 30% tax, Apple necessarily forces developers to suffer lower profits, and app developers, who are denied choice on how to distribute their apps, are forced to fork over more of their revenue on paid apps than they would if Apple faced competition.

Apple tells a different story that there is nothing anticompetitive about charging a commission for others to use one's service. For the more than 80% of apps available to consumers for free on the App Store, this means Apple earns no commission whatsoever. Epic wants to change that in ways that would have dire consequences for the App Store ecosystem. Therefore, there is a considerable disagreement about the size of revenue cuts Apple makes from developers.

2.3.4. Feasibility of Providing the Facility to Competitors

It is technically feasible for Apple to provide access to iOS to Epic and other app distributors, and it would not interfere with or significantly inhibit Apple's ability to conduct its business. But there is another side to it.

The most recent congressional hearing on antitrust which took place on July 27, 2020, offers insight into the daily data practices of the four data titans, and, of course, Apple is one of them (Donewald *et al.* 2020, p. 5). The application of the essential facilities doctrine in the contexts of digital platforms has often focused on access to the (personal) data that these platforms accumulate through the participation of their users and business partners (Bostoen, Mandrescu, 2020, p. 23).

One of the main arguments why Apple's ecosystem is closed is due to the privacy and personal data security Apple holds. It raises various discussions: on the one hand, Apple store collected data to serve the interests of stakeholders. On the other hand, with the opening of the market to third-party developers, Apple should also open up the personal data already collected.

There is no doubt data security and privacy is a sensitive topic. Data privacy laws often confer individual's certain data rights: e.g., right to access, right to delete, right to data portability, etc. And that raises another question, whether the opening of Apple's ecosystem would not harm iOS user's right to their data. On January 28, 2021, Apple CEO Tim Cook delivered remarks at Computers, Privacy & Data Protection Conference: Enforcing Rights in a Changing World. He shared that Apple is deploying powerful new requirements to advance user privacy throughout the App Store ecosystem (hereinafter – ATT). ATT is about returning control to users about giving them a say over how their data is handled. Apps that customers use every day may be passing on information about the photos they've taken, the people in their contact list, or location data. When ATT is in full effect, users will have a say over this kind of tracking. Technology does not need vast troves of personal data stitched together across dozens of websites and apps to succeed.

By being able to hold the most up-to-date information about themselves, individuals become the ultimate source of truth and thus curtail the dominance of Apple and the other three data giants. Furthermore, a user-held data model opens new opportunities to third-party developers who can build new types of applications that run on top of user-held data without being dependent on the whims of the data giants. The new data model levels the playing field among brands and service providers who would then look for new innovative ways to connect with their customers (Donewald *et al.* 2020, p. 19).

In conclusion, Apple has technical measures to make iOS feasible for Epic and other apps distributors. However, the principle of proportionality between market opening and the sharing of personal users' data with third parties must be assessed. It is believed that the new Apple's privacy policy requirements will transfer more power to the users themselves, so they should decide.

Ultimately, the answer to whether Apple controls an essential facility depends on which of the parties will prove the scope of the relevant market: whether Epic will prove a narrower concept or whether the Court will believe in Apple's concept of a broader understanding of the relevant market. If the narrower concept and the statement that Apple controls about 100% of the relevant market is proven, it is more likely that the Court might state that the Apple Play store is not an essential facility and Apple should grant access for others to use it.

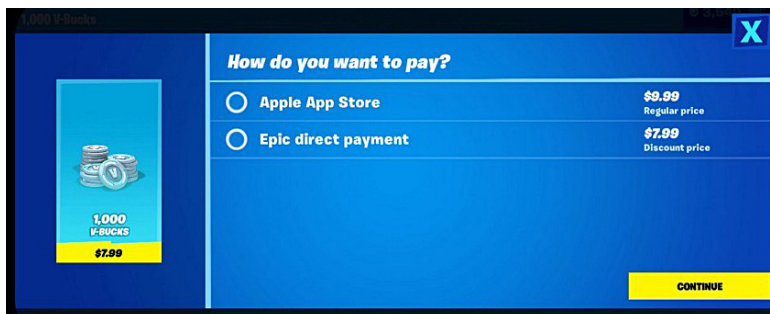
3. Concise comparative analysis of cases around the world

3.1. Apple's and Google's cases

As mentioned earlier, Epic Games filed the complaint blaming Apple for a refusal to supply access to an essential facility and rise the discussion of whether Apple controls

access to an essential facility (iOS app distribution market). A few days earlier before filing the complaint against Apple, Epic Games filed a similar complaint against Google.

Both Apple and Google removed Fortnite from their App Stores for similar reasons: there exists guidelines regarding in-app payments that apply to every developer who sells digital goods or services on the App Store and the Google Play Store. They state that any commerce done within the app must use the default Apple In-App Purchases/Google In-App billing services as the method of payment. Apps cannot use or link to an alternate payment method within the app (Venkatesan, 2020). Epic decided to violate these terms of both Apple and Google and installed a direct Epic payment for Fortnite's In-App purchases as illustrated below.



Therefore, both Apple and Google decided to remove Fortnite from their App Stores, and both were sued by Epic Games. Nor both of complaints state that Apple/Google have a monopoly over iOS/Android, yet a complaint against Google focuses on foreclosure of access rather than a refusal of access to the essential facility since Android is an open-source system and Epic's claim is not focused on getting access to the ecosystem. A foreclosure could be relevant while analyzing the size of revenue cuts Apple makes. Therefore, this aspect will be discussed later.

Table No. 3. Differences between closed and open ecosystem

Android (open ecosystem)	iOS (closed ecosystem)
Possibility to install applications from outside Google Play	Possibility to install applications only from Apple's App Store
Less restrictive about apps in their own app store	Apple can disapprove and app or remove it from the app store
Android apps have access to a full file system, can communicate with each other, change the home screen launcher, set themselves as a default apps and etc.	Apps are restricted from communicating with each other. iOS does not allow to choose default web browser, email client, mapping app, and other default apps.
Several alternative app stores other than the official Google Play Store	Apple blocks third party app stores

The reason for that is that Apple and Google have different ecosystems. The main difference between iOS and Android is that Android is an open ecosystem and it allows apps to be sideloaded onto an Android device without relying on the Play Store. This implies that apps can be installed from the internet or other App Stores. Apple does not allow apps to be sideloaded onto its iOS devices since the iOS ecosystem is closed. The table below indicates the main differences between open and closed ecosystems.

Therefore, it is believed that nor Epic sues Apple and Google on similar grounds, which could be summed up as an anti-competitive practice, yet it is believed that Epic's claim against Google is weaker since it has an open ecosystem and has fewer restrictions. Consequently, a different outcome is possible. However, Epic's case against Google is not the main subject of the paper and will not be analyzed further.

3.2. Lessons from spotify

At the EU level, the European Commission (EC) is now "looking in detail into the merits of the complaint" of Spotify against Apple (Bostoen, Mandrescu, 2020, p. 6). Music streaming app Spotify has complained that it is being treated unfairly in comparison with Apple's music app because of exorbitant commission fees, delayed approvals, restricted promotions, and limited integration with Apple's broader ecosystem.

Spotify's complaints were effective. On 16 June 2020 EC released a press release informing that EC opens investigations into Apple's App Store rules. It regards similar grounds like Epic case: i) The mandatory use of Apple's in-app purchase system; ii) restrictions on the ability of developers to inform users of alternative purchasing possibilities outside of apps. Therefore, this case could set out an example of how Epic's case against Apple could be resolved in the EU.

Article 102 of the Functioning of the European Union (Article 102 (ex Article 82 TEC)) prohibits abuses of a dominant position. Under the case-law, it is not in itself illegal for an undertaking to be in a dominant position and such a dominant undertaking is entitled to compete on the merits. However, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market (Communication from the Commission, 1p.).

The assessment of dominance will take into account the competitive structure of the market, and in particular the following factors:

1. Constraints imposed by the existing supplies from, and the position on the market of, **actual competitors**;
2. Constraints imposed by the credible threat of future expansion by actual competitors or entry by **potential competitors**;
3. Constraints imposed by the bargaining strength of the undertaking's customers (countervailing buyer power) (Communication from the Commission, 12p.).

When it comes to the **actual competition**, market shares are commonly relied upon to provide a first indication of the existing market structure and competitive relations. While the existence of high market shares is not sufficient to establish dominance, it may under certain circumstances sufficient to establish a presumption or at least an indication of dominance (Bostoen, Mandrescu, 2020, p. 10).

Based on the data in the Google Android decision, the market share of the Play Store exceeds 90%, which is more than sufficient to trigger a presumption of dominance. In the case of Apple, the market structure is even more clear-cut. Given that each ecosystem is considered to be a separate market and the iOS ecosystem is more closed than Android (as it does not allow downloading alternative App Stores, nor sideloading apps), the market for iOS App Stores is almost completely in the hands of Apple, resulting in a (near) 100% market share (Bostoen, Mandrescu, 2020, p. 11) if we believe that narrower understanding of relevant market should be applied.

However, a high degree of market share alone is not sufficient to establish dominance, particularly in the case of digital platforms that operate on highly dynamic markets. Whether Apple is dominant concerning its' App Store depends on the ability of **potential competitors** to enter the market, which is becoming the focus of market power assessments in the case of digital platforms (Bostoen, Mandrescu, 2020, p. 11). Whether Apple falls under this criteria, it should also be stated which understanding of the relevant market the Court would apply.

The final competitive constrain considered in a market power assessment is **countervailing buying power**, which has not yet been extensively discussed in the context of digital platforms. For countervailing power to exist, there must be proof of a powerful buyer that can constrain price increases by the Apple App Store for the entire market. This would require a credible alternative to the App Stores to which an important buyer could switch, or otherwise a new entrant that would be sponsored by such a buyer. In the case of the Apple App Store, this is difficult to imagine due to the barriers to entry discussed earlier (Bostoen, Mandrescu, 2020, p. 13).

In the enforcement of Article 102, the Commission will examine claims put forward by a dominant undertaking that its conduct is justified. A dominant undertaking may do so either by demonstrating that its conduct is objectively necessary or by demonstrating that its conduct produces substantial efficiencies that outweigh any anti-competitive effects on consumers (Communication from the Commission, 28p.)

One of the main elements in Spotify's complaint against Apple concerns the commission fee of 30% (15% after one year), which is levied based on the monthly subscription price of Spotify Premium, at least when iOS users subscribe through Spotify's app (rather than its website). The complaint holds that this transaction fee is too high, which makes it difficult for Spotify to offer competitive prices to consumers, especially compared to Apple's music streaming app, Apple Music. From a competition law perspec-

tive, one may thus ask whether Apple's commission fee is unfair in the sense of Article 102(a) TFEU (Bostoen, Mandrescu, 2020, p. 29)

A reasonable approach to excessive pricing in such cases, and particularly in the case of Spotify, is to consider the nature of the indirect network effects. In the case of App Stores, it is evident that developers are interested in getting access to a great number of consumers, so it is reasonable to assume that they would also be willing to finance the participation of the latter in the App Store. Furthermore, the App Store operator (Apple) also provides developers with many tools and technical support to allow them to create apps, to begin with. The costs involved in such activities are also reasonably passed on to app developers (Bostoen, Mandrescu, 2020, p. 30).

What remains to be considered is whether such practices could be objectively justified under art.102 TFEU. The tying of the App Store to iOS is likely to be countered by an argument of software security and user protection as these actions allow Apple to strictly monitor and filter any potential security threats. At the same time, when considering the proportionality of such actions, one cannot but ask: is Android so unsafe that a complete ban on compatible App Stores or alternative distribution channels is strictly necessary? It is unclear, however, to which extent imposing its payment system on app developers is necessary for Apple to monetize its App Store and proportionate to the competitive concerns it raises.

Nor the investigation is not finished, yet Spotify took an action earlier. Although Spotify is currently available to be downloaded to iOS, yet the latest version of this app does not allow new users to register and pay a registration fee. Why is that? Spotify decided to take such measures in opposition to the commission Apple takes. Therefore, there is no guarantee that other program developers, especially bigger ones, will not take a similar step.

The European Commission has not finished the proceedings over the investigations into Apple's App Store rules. On the other hand, not a long time ago Epic Games sued Apple in the United Kingdom, claiming that Apple's practices are harmful and eliminated competition in-app distribution and payment processes. Unfortunately to Epic, United Kingdom's court ruled in Apple's favor and refused to force Apple to reinstate Fortnite to App Store. As Epic Games said in the statement, it might reconsider pursuing the case against Apple in the United Kingdom after the resolution of the U.S. case. Therefore, the dispute against the Parties might not end any time soon.

4. Conclusions and paths forward

1. Apple's business model has gradually shifted from primarily making and selling hardware towards relying more on the services of iPhone users. It seems that Apple has created an ecosystem where the vast power over iOS as well as the dis-

tribution of software applications (apps) and the processing of users' payments for digital content used within iOS mobile apps.

2. There is no doubt that the after-effects of Epic's claim will have a huge impact, not only on Apple but also on the whole app development and distribution industry.
3. It is considered that Apple should take action to promote the competition on the iOS platform or decrease the commissions since a lot of developers can follow Spotify's way.
4. The outcome of this case mostly depends on how the Court will describe the relevant market. There are two main possibilities: the Court may be convinced by Epic Games that the relevant market consists only of iOS users or it might be convinced by Apple that the relevant market is wider and consumers might be reached not only by iOS platform but others as well.
5. This dispute is not only a matter of law but also of competition policy. Court has to answer from which perspective it will make the assessment. If the court will assess this case from Epic's perspective, then the likelihood that Epic's behavior and the alternatives available to them show will that it is not a matter of life or death for them. However, if the court tries to empathize with the consumer perspective (more specifically, Apple consumers), then the probability that the problem will be established increases – because consumers have fewer alternatives.
6. There is no legal precedent in similar cases to predict the outcomes of this Court decision. However, there is no doubt that this case will have a huge impact on how the big tech companies will participate on the platforms.

List of legislation

1. The Sherman Antitrust Act of 1890. Available at: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1> [Accessed 25 January 2021].
2. The Clayton Antitrust Act of 1914. Available at <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section12&edition=prelim> [Accessed 15 January 2021].

List of academic literature

3. Ada, S. (2013). *Two-Sided Markets: Apple's Digital Application Platform*. Journal of social science research [online]. Available at: https://www.researchgate.net/publication/331084991_Two-Sided_Markets_Apples_Digital_Application_Platform [Accessed: 25 January 2021].
4. Bloodstein, B. (2019). *Amazon and platform antitrust*. Fordham Law Review [online]. Available at: http://fordhamlawreview.org/wp-content/uploads/2019/10/Bloodstein_October_N_5.pdf [Accessed: 19 January 2021].
5. Bostoen, F (2020) *Epic v Apple (1): introducing antitrust's latest Big Tech battle royale* [online]. Available at: <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/epic-v-apple-1/> [Accessed: 19 January 2021].

6. Bostoen, F. and Mandrescu, D. (2020). *Assessing Abuse of Dominance in the Platform Economy: A Case Study of App Stores* [online]. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3629118 [Accessed: 20 January 2021].
7. Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [online]. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29> [Accessed 1 March 2021].
8. Edelman, B. (2015). *Does google leverage market power through tying and bundling?* [online]. Available at: <http://www.benedelman.org/publications/google-tying-2014-05-12.pdf> [Accessed 1 March 2021].
9. Fenwick, M & Jurcys, P (2020) *Ownership of User-Held Data: Why Property Law Is the Right Approach* [online] (modified 18 December 2020). Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3711017 [Accessed: 19 January 2021].
10. Friso B, and Mandrescu, D. (2020). *Assessing Abuse of Dominance in the Platform Economy: A Case Study of App Stores*. [online] Available at <https://ssrn.com/abstract=3629118> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3629118> [Accessed: 19 January 2021].
11. Guggenberger, N. (2020) *Essential Platform Monopolies: Open Up, Then Undo* [online]. Available at <http://promarket.org/2020/12/07/essential-facilities-regulation-platform-monopolies-google-apple-facebook/> [Accessed: 19 January 2021].
12. Holmes, W. and Mangiaracina M. (2020) *Antitrust Law Handbook*, Thomson Reuters. Available at <https://store.legal.thomsonreuters.com/law-products/Handbooks/Antitrust-Law-Handbook-2020-2021-ed-Antitrust-Law-Library/p/106668311> [Accessed: 19 January 2021].
13. Jullien, B. (2005). *Two-sided Markets and Electronic Intermediaries*, CESifo Economic Studies, Volume 51, Issue 2-3, 2005, pages 233-260. [online] Available at <https://academic.oup.com/cesifo/article-abstract/51/2-3/233/306461?redirectedFrom=fulltext> [Accessed: 19 January 2021].
14. Lemley, M., & McKenna, M. (2017). *Is Pepsi Really a Substitute for Coke? Market Definition in Antitrust and IP*. In *The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property, and High Tech* Cambridge University Press [online]. Available at https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1603&context=law_faculty_scholarship [Accessed: 20 January 2021].
15. Mandrescu, D. (2020) *Epic v Apple (2): market power and foreclosure in the app distribution market(s)* [online]. Available at <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/epic-vs-apple-2-market-power-and-foreclosure-in-the-app-distribution-markets/> [Accessed: 19 January 2021].
16. Ostrowski, C. (2020) *How Large Must a Product's Impact Be to Create Its Own Irreplaceable Marketplace: The Anti-Trust Issue with Apple Inc.'s App Store* [online]. Available at <https://promarket.org/2020/12/07/essential-facilities-regulation-platform-monopolies-google-apple-facebook> [Accessed: 19 January 2021].
17. Roma, P., & Ragaglia, D. (2016). *Revenue models, in-app purchase, and the app performance: Evidence from Apple's App Store and Google Play*. *Electronic Commerce Research and Applications*, 17(C), 173-190 [online]. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1567422316300266> [Accessed 1 March 2021].

18. Saint-Antoine, P., and others (2019) Private antitrust litigation in the United States: overview, USA, Thomson Reuters.]. Available at [http://www.westlaw.com/Document/I723cf4636e4e11e698dc8b09b4f043e0/View/FullText.html?originationContext=docHeader&rs=cblt1.0&vr=3.0&contextData=\(sc.Search\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False](http://www.westlaw.com/Document/I723cf4636e4e11e698dc8b09b4f043e0/View/FullText.html?originationContext=docHeader&rs=cblt1.0&vr=3.0&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False) [Accessed: 19 January 2021].
19. Shili, S, (2020). Antitrust in the Consumer Platform Economy: How Apple Has Abused its Mobile Platform Dominance 36 Berkeley Tech. L.J., Forthcoming, Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3603682 [Accessed: 19 January 2021].
20. U.S. Department of Justice (2020). *Competition and monopoly: single-firm conduct under section 2 of the Sherman act: chapter 7* [online]. Available at: https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2008/09/12/236681_chapter7.pdf [Accessed: 19 January 2021].
21. Venkatesan, G (2020). *Epic Games Is Pretending to Be the Poor Little David to Apple's Goliath* [online]. Available at <https://medium.com/swlh/epic-games-is-pretending-to-be-the-poor-little-david-to-apples-goliath-2aaa2597cdb7> [Accessed: 19 January 2021].
22. Weber Waller, S. and others (2019). International Trade and U.S. Antitrust Law (2d ed.), Thomson Reuters. Available at: [http://www.westlaw.com/Document/I9de4f9519aa211db8007a1701ab4df56/View/FullText.html?originationContext=docHeader&rs=cblt1.0&vr=3.0&contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False](http://www.westlaw.com/Document/I9de4f9519aa211db8007a1701ab4df56/View/FullText.html?originationContext=docHeader&rs=cblt1.0&vr=3.0&contextData=(sc.Default)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False) [Accessed: 19 January 2021].
23. Jonathan M. Barnett. *Antitrustifying Contract: Thoughts on Epic Games v. Apple and Apple v. Qualcomm* [online]. Available at <https://truthonthemarket.com/2020/10/26/antitrustifying-contract-thoughts-on-epic-games-v-apple-and-apple-v-qualcomm/> [accessed: 16 February 2021]

List of case law

24. Advanced Health-Care Services, Inc. v. Giles Memorial Hosp. (W.D. Va. 1994) 846 F.Supp. 488, 494
25. Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan (1993) 506 U.S. 447, 455 [113 S.Ct. 884, 890, 122 L.Ed.2d 247]
26. In re Nexium (Esomeprazole) Antitrust Litigation (D. Mass. 2013) 968 F.Supp.2d 367, 389
27. Spahr v. Leegin Creative Leather Products, Inc., NO. 2:07-CV-187 (E.D. Tenn. Aug. 20, 2008)
28. The United States v. Aluminum Co. of America, 91 F. Supp. 333 (S.D.N.Y. 1950)

Other literature

29. Epic Games complaint for injunctive relief (2020) [online]. Available at: <https://cdn2.unrealengine.com/apple-complaint-734589783.pdf> [Accessed: 10 January 2021].
30. Apple Countersuit (2020) [online]. Available at https://deadline.com/wp-content/uploads/2020/09/Apple-Epic-Games-Countersuit.pdf?fbclid=IwAR23h_pt_BqXAN-AQ_8LESB9MgRwRl29CNBLa569W9FMnuzKbWfOYshbOfI0 [Accessed 1 January 2021].

SKAITMENINIAI DUOMENYS: AR REIKALINGAS NAUJAS TEISINIS REGULIAVIMAS?

Akvilė Medvedevaitė, Gabrielė Velta Mickevičiūtė

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto

4-o kurso studentės

Saulėtekio al. 9, I rūmai, 10222 Vilnius

El. paštas: akvile.med@gmail.com; gabriele.mick@gmail.com

Mokslinio straipsnio akademinis kuratorius Prof. Dr. (HP), Vytautas Mizaras, LL.M.

El. paštas vytautas.mizaras@tf.vu.lt

Mokslinio straipsnio praktinis kuratorius Lekt. Dr., Paulius Jurčys, LL.M.

El. paštas pjurcys@llm.15.law.harvard.edu

Straipsnyje analizuojami skaitmeninių duomenų fenomeno, jų reguliavimo ir duomenų nuosavybės probleminiai aspektai ir svarba.

The article analyzes the importance and problematic aspects of the digital data phenomenon, its regulation and data ownership.

Įvadas

Šiandien pasaulis susiduria su industrine revoliucija (**Pramonė 4.0**), kurios esmė duomenimis grindžiamų inovacijų ir žmonių tarpusavio ryšys. Skirtingai nuo praėjusių pramonės revoliucijų, šių dienų revoliucijos raktinis žodis yra ne mechanizacija, ištekliai ar kompiuteriai, o skaitmeniniai duomenys, kurie kai kurių ekonomikos analitikų yra įvardijami naująja šių laikų nafta (Onik, *et al*, 2019). Šis šiuolaikinis industrinės revoliucijos reiškinyje ne tik sparčiai skatina skaitmeninę ekonomiką, bet ir daro įtaką kiekvieno asmens kasdieniam gyvenimui, keisdamas nusistovėjusius įpročius bei visiškai perkurdamas tai, kaip yra atliekamos kasdieninės ir buitimi tapusios veiklos. Šiandien asmuo, norėdamas pagerinti savo miego režimą ar patikrinti, kas yra jo šaldytuve, turi nustatyti atitinkamą režimą savo išmaniajame laikrodyje ar per nuotolį prisijungti prie šaldytuvo programėlės. Tokie šiuolaikiniai buities ir kasdienybės palengvinimai taip pat reikalauja, kad būtų apdorojami ir su tuo susiję duomenys. Šių ir kitų kasdinių operacijų pagalba, kasdien yra sukuriamas didžiulis kiekis duomenų, kurie vėliau įvairiomis paskirtimis yra apdorojami tam tikrų trečiųjų asmenų. Kaip antai, remiantis viešai prieinama informacija, 2020 m. per 60 sekundžių buvo išsiųsta apie 200 milijonų

elektroninių laiškų, atlikta apie 4.2 milijonų *Google* paieškų ir įkelta apie 60 000 nuotraukų į socialinį tinklą *Instagram* pasauliniu mastu (NodeGraph, 2020). Tokia pribloškianti statistika atitinkamai lėmė ir padidėjusias duomenų apdorojimo galimybes bei sukėlė ir tam tikras kontroversijas dėl tinkamų jų panaudojimo būdų. Dar visai neseniai Jungtinėse Amerikos Valstijose kilęs neteisėto duomenų naudojimo skandalas, kai prezidento rinkimų metu Donaldo Trumpo rinkiminės kampanijos štabas iš socialinio tinklo *Facebook* gavo daugiau kaip per 50 mln. socialinio tinklo vartotojų duomenų. Šie duomenys buvo itin įvairaus spektro: pradedant nuo vartotojų vardų, baigiant religinėmis ir politinėmis pažiūromis. Pagal šiuos duomenis vartotojai buvo suskirstyti į tam tikras psichologines grupes, kuriomis remiantis tam tikriems vartotojams buvo rodomos žinutės, agituojančios balsuoti už kandidatą Donaldą Trumpą. Šio skandalo metu *Facebook* savo pareiškimuose toks įvykis, nebuvo informacijos vagystė ar įsilaužimas į jų serverius. Anot *Facebook* atstovų, vartotojai patys sutinka su tokiu jų duomenų naudojimu, susikurdami paskyrą (The Guardian, 2019). Šiame kontekste kyla ne vienas teisinis klausimas, pavyzdžiui, ar tokių situacijų būtų išvengta, jeigu duomenys būtų laikomi nuosavybės teisės objektu? Ar, apskritai, duomenys galėtų būti kažkieno nuosavybė? Ar būtų išlaikoma technologinė, ekonominė ir visuomenės pertvarkos kontrolė naujosios industrinės revoliucijos amžiuje? Ši tema tampa vis aktualesnė, kadangi individai pradeda suprasti duomenų naudojimo keliamą grėsmę.

Europos Sąjungos (ES) teisės aktų leidybos lygmeniu pradama suprasti, jog 2018 m. gegužės 25 d. įsigaliojęs Bendrasis duomenų apsaugos reglamentas (2016 m. balandžio 27 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (ES) 2016/679 dėl fizinių asmenų apsaugos tvarkant asmens duomenis ir dėl laisvo tokių duomenų judėjimo ir kuriuo panaikinama Direktyva 95/46/EB (Bendras duomenų apsaugos reglamentas) (BDAR), nustatęs tuo metu naujausias duomenų tvarkymo taisykles, kurios padarė itin stiprią įtaką visiems verslo subjektams, ypatingai interneto gigantams: *Google*, *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, yra nebepajėgus spręsti industrinės revoliucijos keliamų iššūkių duomenų reguliavimui. Dėl šios priežasties 2020 m. vasario 19 d. Europos Komisija pristatė Europos visuomenės modelį – Europos duomenų strategijos penkerių metų planą (**Duomenų strategija**) (Komisijos komunikatas Europos Parlamentui, Tarybai, Europos ekonomikos ir socialinių reikalų komitetui ir regionų komitetui, Europos duomenų strategija), grindžiamą skaitmeniniais sprendimais, kuriuos įgyvendinant pirmenybė turi būti teikiama asmenims ir siekiama atverti naujų galimybių įmonėms bei paskatinti patikimų technologijų plėtrą. Duomenų strategijoje numatyta nauja ES siekiamybė – duomenų ekonomikos lyderystė. Pagrindinis ES atsigavimo po COVID-19 pandemijos ramstis – visapusiškas skaitmeninimas – itin svarbus skatinant naujas augimo formas ir siekiant ES užsibrėžto tikslo.

Tačiau darbo autorių nuomone, tokiame tikslui pasiekti esamas duomenų reguliavimas, kuris bus analizuojamas darbe, yra nepakankamas, ypatingai atsižvelgiant į didžiųjų duomenų (**Big data** / **Didieji duomenys**) ekonomikos keliamas rizikas asmenims

privatumui ir duomenims. Įvairūs duomenų vagysčių ir jų galimos prekybos skandalai verčia susimąstyti apie tikrąją duomenų vertę ir galimą žalą ne tik asmens duomenims, bet ir verslui, kuris gali smarkiai nukentėti nuo galimų baudų už duomenų apsaugos pažeidimus.

Kiekvienam reikėtų susimąstyti, kokių mastu mes, sąmoningai ar ne, pasyviai dalinamės įvairiais duomenimis, kurie atsiduria trečiųjų asmenų rankose. Būtent todėl kai kurie autoriai kelia duomenų nuosavybės klausimą, matydami išeitį, kuri galimai sumažintų prieinamumą prie duomenų bei iš to kylančius duomenų nutekinimus ir vagystes.

Šio darbo **objektas** – daugiausia dėmesio autorės skiria skaitmeninių duomenų teisiniam reglamentavimui ir su tuo susijusiems ekonominiams klausimams. Straipsnyje išskiriamos Didžiųjų duomenų savybės ir aptariamas jų teisinis reguliavimas ES. Taip pat vertinama Didžiųjų duomenų grandinės ir žmogaus interesų sąveika ir akcentuojami iš to kylantys duomenų nuosavybės teisiniai klausimai Lietuvos teisinėje sistemoje.

Tyrimo **tikslas** – pateikti teisinio reglamentavimo, susijusio su skaitmeninių duomenų reguliavimu, apžvalgą ir įvertinti galimas perspektyvas. Mokslinio tiriamojo darbo **aktualumas** – šiandien skaitmeniniai duomenys yra varomoji pasaulinės ekonomikos jėga. Dėl šios priežasties duomenų vagysčių, galimo duomenų *pardavinėjimo* ir apsaugos klausimai tapo itin aktualūs. Atitinkamai, svarbu apibrėžti tinkamą teisinį reglamentavimą, kuris užtikrintų tiek duomenų subjektų, bet ir duomenų valdytojų / naudotojų teises. Atsižvelgiant į tai, jog Lietuvos teisės mokslininkų darbuose šio straipsnio tema nėra plačiai nagrinėjama, būtina šią temą išanalizuoti plačiau. Tyrime naudoti **metodai** – aprašomasis metodas taikomas pateikiant ES ir Lietuvos teisinėse sistemose esantį reguliavimą skaitmeninių duomenų klausimu, užsienio valstybių ir Lietuvos teisės doktrinoje pateiktas mokslininkų nuomones. Analizės tyrimo metodu vertinama teisinio reguliavimo atitiktis pasikeitusiems duomenų ekonomikos grandinės subjektų santykiams, svarstomos teisinių duomenų santykių perspektyvos ir kiti su duomenų reguliavimu susiję klausimai.

Pagrindiniai straipsnyje naudojami šaltiniai yra ES ir Lietuvos teisės aktai, reguliuojantys duomenų ir nuosavybės teisės klausimus, įvairių užsienio šalių bei Lietuvos mokslininkų atlikti tyrimai Didžiųjų duomenų ir duomenų nuosavybės srityje.

1. Duomenų didybė ir galia

Šiandien kiekvieno individo gyvenimas yra neįsivaizduojamas be įvairių prie interneto prijungtų įrenginių. Išmanieji telefonai, kompiuteriai, namų įrenginiai yra neatsiejami kasdienybės pagalbininkai. Didžiąją dalį mūsų kasdienio gyvenimo sprendimų priimame analitinio proceso formos ar rezultato pagalba. Kaip antai, naršyklė *Google* gali užbaigti internetinę paiešką, kol dar neįvedėte trečios raidės, *Netflix* numato, kurios televizijos laidos jums greičiausiai patiks. Taip yra todėl, kad skaitmeninės

technologijos, naudojančios įvairius jutiklius ir procesorius renka, dalinasi ir analizuoja aplinkos informaciją ir atitinkamai atlieka veiksmus, kurių siekia vartotojai. Toks procesas vadinamas daiktų internetu (*angl. Internet of Things, IoT*), kurio pagrindinis tikslas realiuoju laiku dalytis informacija per autonominius tinklo veikėjus. Tokius daiktų interneto įrenginius galima suskirstyti į tris grupes: i) jutikliai, kurie renka informaciją ir siunčia tolesnei analizei į kitą įrenginį; ii) kompiuteriai, kurie renka informaciją ir patys ją apdoroja; iii) įrenginiai, kurie gali atlikti abu anksčiau išvardintus veiksmus. Visi šie įrenginiai turi milžinišką tarpusavyje sąveikaujančią naudą. Viena vertus, daiktų internetas vykdo didžiulį perversmą ne tik industrinės revoliucijos amžiuje gyvenančio asmens kasdienybėje, bet ir įvairiose verslo šakose (Zalieskaitė, *et al*, 2015). Kita vertus, daiktų internetas suteikia verslui prieigą prie tokio plataus spektro duomenų, kuris leidžia analizuoti esamą rinkos situaciją ir priimti reikiamus sprendimus. Be abejonės, autorės neatmeta daiktų interneto teikiamos naudos tiek kasdienybėje, tiek medicinoje, mokslo raidoje. Tačiau autorės šiame straipsnyje nori įvairiapusiškai išanalizuoti daiktų interneto keliamas grėsmes bei privalumus. Sukrečia ir interneto naudojimo bei išmaniųjų įrenginių paplitimo masto statistika. Kaip antai, pasak *Statista*, vieno iš pirmaujančių statistikos portalų pasaulyje, duomenimis, 2025 m. daiktų interneto įrenginių skaičius visame pasaulyje pasieks 38,6 milijardus (*Statista*, 2021). Kai tuo tarpu 2020 m. spalio mėnesio duomenimis, beveik 4,66 milijardo žmonių buvo aktyvūs interneto vartotojai, kas sudaro net 59 % visų pasaulio gyventojų (*ibid*). Nenuostabu, jog 2016 m. visuotinis interneto srautas oficialiai viršijo pirmąjį zetabaitą¹. Pasaulis pasiekė naują skaitmeninį etapą – Zetabaito erą (Chojecki, 2019). Tarptautinė duomenų korporacija prognozuoja, kad iki 2025 m. pasaulinis duomenų kiekis padidės iki 175 zetabaitų (*Reinsel, et al*, 2018). Manoma, jog didžiąją dalį, t.y. net 90 zetabaitų viso numanomo duomenų srauto 2025 m. sukurs daiktų interneto įrenginiai (*ibid*).

Dėl tokio daiktų interneto, kuris generuoja didžiulį kiekį duomenų, paplitimo masto, skaitmeninių duomenų kiekis pradėjo plisti milžinišku greičiu. Šiandien kiekvieną dieną yra sukurama net 2,5 kvintilijono baitų duomenų (*ibid*). Akivaizdu, jog tobulėjant technologijoms ir interneto prieigai visame pasaulyje, manoma, jog šis skaičius tik didės. Būtent dėl šių industrinės revoliucijos reiškinų atsirado terminas Didieji duomenys. O kas visgi jie yra?

Įdomu tai, jog vienintelio Didžiųjų duomenų apibrėžimo nėra (*AGCOM*, 2019). Tačiau *Gartner*, pasaulinės tyrimų ir IT lyderės, analitikas D. Laney yra išskyręs šiuos pagrindinius Big data bruožus: didelės apimties (*angl. High-volume*), greitai (*angl. High-velocity*) ir įvairūs (*angl. High-Variety*) duomenys dėl kurių sutaria visi autoriai (*Gandomi, et al*, 2015). Šio trys V apibūdina bendrą Didžiųjų duomenų sistemą. Daugelį metų tokio bendro apibūdinimo termino pakako, tačiau šiandien manoma, jog Big

¹ Zetabaitas yra atminties talpos matas. Vienas zetabaitas lygus vienam trilijonui gigabaitui – 10²¹ baitų.

data koncepcija yra tiek daug pažengusi, jog ją apibūdina daug daugiau sąvokų (Patgiri, *et al*, 2016). Pasak SAS, duomenų analitikos lyderės, Didžiuosius duomenis taip pat apibūdina ir kintamumo sąvoka (*angl. Variability*), reiškianti duomenų nenusipėjamumą, kadangi duomenys sparčiai keičiasi. Tuo tarpu įmonės yra suinteresuotos žinoti, kas populiarėja socialinėje žiniasklaidoje, ir kaip valdyti dienos, sezono ir įvykių sukeltas didžiausias duomenų apkrovas. Be to, tikrumas (*angl. Veracity*) reiškiantis duomenų kokybę, taip pat išplečia Didžiųjų duomenų savybių sąrašą. Kadangi duomenys gaunami iš daugybės skirtingų šaltinių, Didžiųjų duomenų apdorojimas kelia iššūkių. Dėl šios priežasties verslas turi dėti pastangas į duomenų susiejimą, priešingu atveju surinkti duomenys gali būti nebekontroliuojami. Siekiant plačiau išanalizuoti Didžiųjų duomenų fenomeną, toliau autorės analizuoja pagrindinius Big data šaltinius.

2. Big data šaltiniai

Didelė apimtis, greitis, įvairovė, kintamumas ir tikrumas – tai penkios savybės, kurios straipsnio autorių nuomone, sistemiskai geriausiai apibūdina Didžiuosius duomenis ir iliustruoja jų pagrindines savybes. Tačiau norint geriau suprasti, kas yra didieji duomenys, taip pat reikia išanalizuoti šių duomenų šaltinius. Autorių nuomone, Didžiųjų duomenų šaltinius galima suskirstyti į šias penkias grupes:

- i. Daiktų interneto įrenginių, jutiklių ir pramoninės įrangos generuojami duomenys. Šiuo duomenis įmonės gali pritaikyti tobulinant kuriamas technologijas arba suteikiant rinkai naujus paslaugas ar produktus. Ši informacija leidžia analizuoti vartotojų poreikius atsižvelgiant į daiktų technologinių savybių poreikį. Be to, tokie duomenys leidžia ne tik suteikti rinkai naujų technologijų, bet ir analizuoti medicinos prietaisų, išmaniųjų skaitiklių, kelių kamerų, palydovų ir kitų pramoninių technologijų suteikiamą didelį duomenų kiekį;
- ii. Socialinės medijos duomenys, šiandien didžiausiu mastu generuojami *Facebook*, *Youtube*, *Instagram*, *Twitter* platformose. Į tokius duomenis patenka viskas, ką vartotojai veikia naudodamiesi šiomis programomis: pradedant nuo nuotraukų, vaizdo įrašų, balso, teksto, baigiant *patinka* paspaudimais, lankomais kitais puslapiais interneto naršyklėse ir dar daugiau. Tokie duomenys yra itin naudingi rinkodaros ir pardavimo funkcijoms. Įmonės, norėdamos išgauti didžiausią socialinės medijos duomenų naudą, naudoja ne pavienių asmenų duomenis, bet juos grupuoja. Pavyzdžiui, koks įvykis susilaukė daugiausiai dėmesio – *patinka* paspaudimų, komentarų;
- iii. Finansinių operacijų duomenys. Šie duomenys yra generuojami iš visų kasdinių atsiskaitymo operacijų, atliekamų tiek internetu, tiek realiaame pasaulyje. Sąskaitos faktūros, mokėjimų istorija, pristatymų įrašai - visa tai yra finansinių operacijų duomenys;

- iv. Multimedijos duomenys, generuojami žiūrint filmus, klausantis tinklalaidžių ar muzikos įvairiose platformose. Pavyzdžiui, filmų ir serialų platformoje *Netflix*, daugiau nei 75 % vartotojų žiūrimo turinio yra grindžiama individualizuotomis rekomendacijomis (Dixon, 2019). Tai reiškia, jog *Netflix* renka vartotojų duomenis, juos susieja, kad sukurtų išsamų vartotojų profilį. Būtent protingas duomenų analizės naudojimas yra pagrindinė *Netflix* sėkmės priežastis;
- v. Mobilijų aplikacijų duomenys, generuojami naudojantis įvairiomis mobiliosiomis aplikacijomis. Kaip antai, žemėlapių, pavėžėjų, maisto pristatymo programėlės ar tiesiog bet kurioje naršyklėje generuojami duomenys.

Šaltinio rūšis nėra svarbi, tikroji Didžiųjų duomenų milžiniška nauda jos gavėjams atsiranda tik susiejant įvairiausius duomenis. Pripažįstama, jog pavienis duomuo, kaip antai, asmens vardas, tikros ekonominės vertės neturi (IDC, 2017). Naudodamiesi *Facebook* platforma tikriausiai pastebėjote, kad pasirodantys skelbimai yra pagrįsti naršoma istorija bei temomis, kuriomis dalinatės žinutėse ar diskutuojate komentaruose. Taip Didieji duomenys įgalina individualizuotą rinkodarą, atsižvelgiant į kiekvieną vartotoją. O kaip tokia rinkodara veikia praktikoje ir kokie joje yra žmogaus interesai?

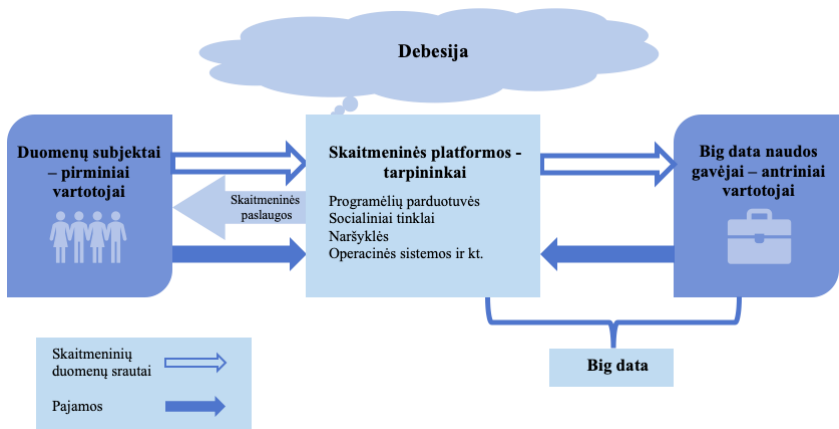
3. Big data ekosistemos grandinė ir asmuo

Šiandien Didžiųjų duomenų svarba nėra kvestionuojama. Kaip jau minėta, Big data rizika siejama ne su duomenų dydžiu ar jų šaltiniais, o su duomenų tolesniu apdorojimu. Būtent duomenų analitika leidžia verslui sumažinti išlaidų ir laiko sąnaudas, rinkai pasiūlyti naujus, pritaikytus visuomenės poreikiams produktus ir optimizuoti pasiūlymus bei protingai priimti ateities sprendimus. O tai ir yra kiekvieno egzistuojančio verslo tikslas.

Norint suprasti Didžiųjų duomenų riziką žmogaus interesams, reikia išanalizuoti Big data ekosistemos struktūrinę grandinę. Visų pirma, Didžiųjų duomenų ekosistema yra infrastruktūros, programų ir analizės visuma, naudojama duomenims rinkti ir analizuoti. Kaip nurodyta anksčiau, duomenys gali būti generuojami iš įvairių šaltinių. Surinkti duomenys pereina skirtingus tarpusavyje susijusius etapus ir taip palaipsniui didina savo vertę. Tačiau šiame procese svarbus ne tik pats skaitmeninių duomenų ciklas, bet ir aktyvūs duomenų rinkos subjektai, darantys įtaką visai Didžiųjų duomenų ekonomikai.

Didžiųjų duomenų skaitmeninėje rinkoje galima identifikuoti šią subjektų grandį: (žr. 1 paveikslėlį):

- i. Duomenų subjektai (pirminiai vartotojai);
- ii. Skaitmeninės platformos, teikiančios skaitmenines paslaugas (tarpininkai);
- iii. Technologinės įrangos, kurios apdoroja Big data, tiekėjai (Debesijos);
- iv. Big data naudos gavėjai (antriniai vartotojai).



1 paveikslėlis. Didžiųjų duomenų ekosistemos grandinė

Pateiktas paveikslėlis iliustruoja skaitmeninių duomenų srautų ir pajamų migraciją. Šioje grandinėje ypatingą dėmesį reikia skirti duomenų subjektams, kurie yra pirminis grandis visoje Didžiųjų duomenų ekosistemoje. Pirminiai vartotojai kiekvieną kartą prisijungdami prie interneto tinklo palieka savo skaitmenį pėdsaką, kurį sudaro daugybę asmens duomenų, kurie reiškia bet kokią informaciją, kuri yra susijusi su gyvu asmeniu, kurio tapatybė yra nustatyta arba gali būti nustatyta pagal tiesiogiai arba netiesiogiai asmenį identifikuojančius duomenis (BDAR 4 str.). Kaip pavyzdžiui, vardas, pavardė, telefono numeris, elektroninis pašto adresas, gimimo data, asmens pajamos, banko ar asmens tapatybės kortelės numeris, asmens buvimo vietos duomenys, vaizdo duomenys ir kita.

Duomenų subjektai, naudodamiesi skaitmeninių duomenų šaltiniais, sukuria nuolatinį duomenų srautą, kuris tik iš dalies susideda iš vartotojų sąmoningai pateiktų asmens duomenų. Visgi didesnę dalis visų duomenų susideda iš surinktos informacijos be aiškaus vartotojų duoto sutikimo. Tokie sąmoningai ar ne, vartotojų sugeneruoti duomenys yra varomoji Didžiųjų duomenų ekosistemos jėga, kurios epicentre yra skaitmeninės platformos, teikiančios nemokamas paslaugas vartotojams. Tuo tarpu kitoje grandinės pusėje yra Didžiųjų duomenų naudos gavėjai - antriniai vartotojai, kurie dėka gautų pirminių vartotojų duomenų, verslui siūlo duomenų analizės paslaugas, potencialių klientų profiliavimą, tikslinės reklamos strategijas ir dar daugiau. Taigi galima teigti, kad asmens duomenys turi ekonominę vertę (Bottis, *et al*, 2018). Šiandien, deja, mes negalime kontroliuoti savo asmens duomenų ir gauti ekonominės naudos, nors ir esame pagrindinis visos skaitmeninės ekonomikos atskaitos taškas. Autorės sutinka, jog duomenų subjektai, naudodamiesi įvairiomis technologijomis gauna ilgalaikę

naudą, tačiau praktiškai Didžiųjų duomenų naudos gavėjams mes patys sąmoningai generuojame milijardines pajamas. Ar turėtume jaudintis? Juk tai yra *mūsų* duomenys.

4. Duomenys – nuosavybės teisės objektas?

2021 m. pradžioje Lietuva susidūrė su itin didelio masto neteisėtu duomenų panaudojimu – iš automobilių dalinimosi platformos *CityBee* buvo nutekinta daugiau nei 100 tūkst. vartotojų duomenų (LRT, 2019). Pavogti duomenys apėmė vartotojų vardus, pavardes, asmens kodus, vairuotojų pažymėjimų duomenis ir gyvenamosios vietos adresus. Nėra abejonių, jog tokios duomenų vagystės ateityje bus tik dažnesnės, todėl teisiškai apsaugoti duomenis industrinės revoliucijos epochoje tapo kaip niekada svarbu. Šiame straipsnyje autorės analizuoja nuosavybę, kaip galimą apsauginį skaitmeninių duomenų mechanizmą.

Kaip minėta, duomenys yra specifinis objektas, todėl kyla daug teisinių diskusijų ne tik dėl duomenų, kaip nuosavybės teisės objekto, tačiau taip dėl to, kaip duomenys turi būti kategorizuojami civiliniuose santykiuose. Žvelgiant iš Lietuvos teisinės sistemos perspektyvos, Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas, 2021-01-01 redakcija, *Valstybės žinios*) (CK) nurodo galimus civilinės teisės objektus. Pagal CK 1.97 straipsnio 1 dalį daiktai, pinigai ir vertybiniai popieriai, kitas turtas bei turtinės teisės, intelektinės veiklos rezultatai, informacija, veiksmai ir veiksmų rezultatai, taip pat kitos turtinės ir neturtinės vertybės pripažįstami pagrindiniais civilinės teisės objektais. Tuo tarpu, kaip ir minėta šiame straipsnyje anksčiau, duomenys yra tam tikra *informacija* apie asmenį. Tai reiškia, jog formaliai duomenys galėtų atitikti CK nuosavybės teisės objekto reguliavimą, tačiau vien tik tokios formalaus vertinimo nepakanka. Būtina atkreipti dėmesį ir į tai, jog minėtas CK straipsnis galioja nuo 2001 m. t.y. teisinę galią įgavo daugiau nei prieš 20 metų. Autorių manymu, CK rengėjai vartodami sąvoka *informacija* greičiausiai neturėjo omenyje duomenų teisinės sąvokos, kaip teisinės kategorijos. Tai patvirtina ir CK 1.97 straipsnio komentaras, kuriame nurodyta, jog informacija yra komercinė paslaptis (Taminskas, 2003, p. 213). Atsižvelgiant į tai, darytina išvada, jog CK rengėjų tikslas buvo kuo siauriau ir konkrečiau apibrėžti *informacijos* sąvoką. Atitinkamai, teigti, jog duomenys yra informacija plačiąja prasme CK 1.97 straipsnio prasme būtų netikslu. Vis dėlto, minėtame straipsnyje nurodytas galimų civilinių objektų sąrašas nėra baigtinis. Civilinė teisė saugo ir tokias vertybes kaip vardas, gyvybė, sveikata, žmogaus privatus gyvenimas, juridinio asmens pavadinimas. Iš esmės civilinių teisių objektai yra visa tai, su kuo yra susijusios civilinių teisių santykių subjektų teisės ir pareigos, todėl neabejotina, jog duomenis taip pat galima laikyti civilinės teisės objektu.

Autorės laikosi nuomonės, jog skaitmeniniai duomenys yra virtualaus pasaulio objektas, kuris neturi materialios išraiškos. Nepaisant to, analizuojant šiandieninę skaitmeninę ekonomiką, akivaizdu, jog duomenys *de facto* yra laikomi *turtu*, kuriuo galima

prekiauti duomenų rinkoje (Hummel, 2020). Tai reiškia, jog *de facto* duomenys yra laikomi nuosavybės objektais. Tačiau kyla klausimas, ar nuosavybės teisė į skaitmeninius duomenis yra galima *de jure*?

CK 4.37 straipsnis reglamentuoja nuosavybės teisės sąvoka. Daiktinės teisės prasme nuosavybė – tai teisė savo nuožiūra, nepažeidžiant įstatymų ir kitų asmenų teisių ir interesų, valdyti, naudoti nuosavybės teisės objektą ir juo disponuoti. Tai išimtinė asmens teisė į tam tikrą objektą. Minėtame straipsnyje nuosavybės teisės objektas suprantamas kaip daiktai ir kitas turtas (CK 4.38 str.). Daiktais yra laikomi iš gamtos pasisavinti arba gamybos procese sukurti materialaus pasaulio dalykai. Galima išskirti keletą įstatyme įtvirtintų daiktui būdingų požymių: i) daiktams būdingas materialumas; ii) daiktas turi būti sukurtas arba pasisavintas iš gamtos (Pakalniškis, 2005, p. 63). Akivaizdu, jog skaitmeniniai duomenys pagal savo prigimtinę esmę ir dabartinį CK reguliavimą negali atitikti materialumo kriterijaus. Tačiau kuomet duomenys yra sukurti asmens, tai atitinka antrąjį kriterijų. Kiekvienas duomuo, kuris yra asmens patalpintas į internetinę erdvę (nuotrauka ar įrašas socialiniuose tinkluose) yra sukurtas konkretaus asmens. Nepaisant to, jog tokie duomenys gali atitikti antrąjį kriterijų, to nepakanka, jog skaitmeniniai duomenys pagal Lietuvos daiktinės teisės sistemą būtų pripažinti daiktais *de jure*. Vis dėlto, pagal kitų valstybių (Anglija, Prancūzija, Italija, Kanados Kvebeko provincija) daiktinės teisės reguliavimą duomenys yra pripažintini daiktais. Pavyzdžiui, Anglijoje bendrosios teisės tradicijoje yra nusistovėję keturi reikalavimai, kurie turi būti išpildyti, kad tam tikras objektas būtų pripažintas daiktu: i) daikto apibrėžtumas (*angl. certainty*); ii) išimtinis naudojimas (*angl. exclusivity*); iii) galimybė kontroliuoti ir iv) galėjimas perleisti tretiesiems asmenims (teisėjo Mummery LJ nuomonė *Fairstar* byloje, EWCA Civ 886, 2013 m. liepos 19 d.). Iš esmės pirminių vartotojų patalpinti duomenys atitinka visus šiuos kriterijus, kadangi: i) duomenys yra aiškiai apibrėžti; ii) duomenys yra išskirtinai asmeninės duomenų paskyros dispozicijoje; iii) tik pats individas gali nuspręsti, kokių tikslų duomenys gali būti naudojami; vi) individas taip pat gali perleisti / suteikti prieigą prie tų duomenų tretiesiems asmenims (Jurčys, 2020). Tik nuo valstybių nacionalinės teisės sistemos ir duomenų sąvokos reglamentavimo priklauso, ar duomenys plačiąja prasme gali būti priskiriami teisei daiktų kategorijai.

Be to, vertėtų nepamiršti ir to, jog ne tik daiktai, bet ir kitas turtas gali būti nuosavybės teisės objektu. Plačiuoju požiūriu *turtas* yra ne tik daiktai, bet ir turtinės teisės, pareigos bei išimtinės teisės (Taminskas, 2003, p. 226). Autorių nuomone, duomenys galėtų būti priskiriami prie turtinių teisių kategorijos t. y. asmuo gali įgyti bei turėti turtinę teisę į duomenis. Lietuvos teisinėje sistemoje turtinės teisės sąvoka yra dualistinė: i) turtinė teisė turi objektą; ii) ji pati yra objektas, kuris kažkam priklauso. Turtinė teisė apima ir tuos civilinių teisių objektus, kurie atitinka *bekūnio* daikto sampratą, pvz.: reikalavimo teisės prievolėje, prekių ženklas, prekybiniai žymenys, negryniesiems pinigai, komercinės paslaptys, dizainas, išradimas, patentas, licencija ir pan. (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2013 m. spalio 22 d. nutartis byloje Nr. 2K-7-262/2013) Taigi iš es-

mės turinės teisės sąvoka apima ir duomenis, kadangi duomenys yra *bekūniai* objektai, kurie neturi jokios materialios išraiškos. Duomenų *objektu* galima laikyti informaciją (nuotrauka, pomėgiai, amžius, lytis ar pramoninių mašinų sukurti parametrai), iš ko ir susideda pats duomuo. Patys duomenys taip pat yra *objektas*, kadangi yra sukurti žmogaus, todėl *de facto* asmeniui ir priklauso. Atsižvelgiant į šią analizę, autorės teigia, kad duomenys, kaip turinė asmens teisė, gali būti nuosavybės teisės objektu.

Tuo atveju, jei visuotinai (ES jurisdikcijoje) būtų pripažįstama, kad duomenys yra nuosavybės teisės objektas, tai reikštų, kad gali egzistuoti nuosavybės teisė į duomenis. Atitinkamai, duomenų nuosavybės turėtojas įgytų šias klasikines nuosavybės teises: valdyti, naudoti ir disponuoti duomenimis (CK 4. 37 straipsnio 2 dalis).

5. Asmens duomenų nuosavybės dilema

ES Komisijos paskelbtoje Duomenų strategijoje vienas iš keliamų klausimų – asmens duomenų nuosavybė. Tai reiškia, jog poreikis sureguliuoti asmens duomenų naudojimą tapo kaip niekad aktualus. Tiek ES, tiek valstybės narės deda visas pastangas, jog būtų sukurtas teisinis reguliavimas, užtikrinantis duomenų rinkos stabilumą bei ginantis asmens teisę į duomenis. Mokslinėse diskusijose dėl asmens nuosavybės teisės, kaip galimo teisinio duomenų reguliavimo, kyla daug probleminių aspektų (Bardaj, 2021). Vienas jų – kokie asmens duomenys gali būti laikomi nuosavybės teisės objektu? Problema ta, jog dėl sparčios technologijų pažangos, duomenys, kurie šiuo momentu nėra asmens duomenys, ateityje gali tokiais tapti (*ibid*). Tai reiškia, jog pasaulyje didėjant visuotinio duomenų srautui, asmens duomenų sąvoka taip pat plečiasi ir, be abejo, su laiku toliau kis. Kai kurie mokslininkai teigia, jog tam tikrais atvejais duomenys gali būti pripažįstami tiek asmeniniais, tiek neasmeniniais duomenimis (Hummel, *et al*, 2020). Tokia probleminė situacija kyla dėl to, kad dažnu atveju, skiriasi duomenų naudojimo kontekstas bei naudojimo ribos. Taigi dėl teisinio aiškumo, autorės analizuodamos asmens duomenų nuosavybės teisę, omenyje turi tik tuos duomenis, kuriuos subjektas pats įkelia į skaitmeninę erdvę – pirminius duomenis, kuriuos naudoti duomenų gavėjas gali *de jure* tik vienam tikslui.

Svarbu akcentuoti faktą, jog nuosavybės teisės sąvokos visuotinio apibrėžimo ES teisės aktuose nėra (Akkermans, 2008, p. 235). Nuosavybės teisės sąvoka *de jure* yra reglamentuojama pagal kiekvienos valstybės narės teisės aktus. Nors skirtingose valstybėse skiriasi nuosavybės teisės suvokimas, tačiau bendras bruožas, kuris vienija visas kontinentinės tradicijos teisės sistemas, yra *numerus clausus* principas, kuris įstatymu aiškiai apibrėžia valstybėje numatytas daiktines teises (Gordley, 2008, p. 49). Viena šių teisių – nuosavybė. Šiuo metu, nei viena valstybė narė nėra apibrėžusi nuosavybės teisės į duomenis sąvokos. Autorių nuomone, galimas toks nuosavybės teisės į asmens duomenis apibrėžimas – tai duomenų savininko teisė į visapusišką kontrolę savo asmeninių duomenų atžvilgiu. Ši teisė turėtų apimti naudojimą, valdymą ir disponavimą duome-

nimis. Lygiai tokios pačios pozicijos laikosi ir *Facebook* pagrindinis akcininkas Markas Zuckerbergas, kuris jam JAV kongrese patikino, jog *asmenims priklauso visas turinys, kurį jie patys įkelia į Facebook* (Youtube video medžiaga, 2018). Vis dėlto, tokios išsakytos Zuckerbergo mintys neatitinka esamos situacijos. Dabartinis teisinis reguliavimas nenumato realios galimybės vartotojui disponuoti bei tinkamai valdyti savo duomenis. Autorės nori atkreipti dėmesį į tai, jog valdymo teisės, kaip sudėtinės nuosavybės teisės dalies, plačiau neanalizuos, kadangi valdymas apima savininko teisę *turėti daiktą savo žinioje* bei teisę *daryti daiktui fizinį bei ūkinį poveikį* (Taminskas, 1997, p. 260). Autorės sutinka, jog pirminis vartotojas duomenis gali turėti *de jure*, tačiau atsižvelgiant į tai, jog duomenys yra *bekūniai*, duomenų subjektas niekaip negali fiziškai turėti duomenų ar daryti duomenims *fizinį poveikį*.

2018 m. ES įsigaliojęs BDAR yra bene vienintelis dokumentas suteikiantis tam tikrą duomenų apsaugą fiziniais asmenims, kurių duomenys yra patalpinti į elektroninę erdvę. BDAR, įtvirtindamas pagrindinius septynis principus (*teisėtumą, sąžiningumą, skaidrumą, tikslo apribojimą, duomenų mažinimą, tikslumą, duomenų saugojimo apribojimą ir vientisumą bei konfidencialumą*) (BDAR 5 straipsnis) įpareigoja kompanijas aiškiai ir nedviprasmiškai paaiškinti vartotojui, su koku duomenų naudojimu pastarieji sutinka. Atitinkamai, duomenų subjektai turi išreikšti aktyvų sutikimą. Iš esmės tai reiškia, jog vartotojas turi paspausti *varnelę* ir tokiu būdu sutikti, jog kompanijos naudotų individo duomenis (Leonard, 2020, p. 86). Nepaisant to, jog vartotojai yra informuojami apie tai, kad jie suteikia teisę kompanijoms naudoti savo asmens duomenis, autorių nuomone, šių veiksmų neužtenka, jog vartotojas turėtų pilną kontrolę (disponavimą ir valdymą) į savo duomenis. Taigi galima daryti išvadą, jog BDAR tikslas yra labiau nukreiptas į privatumo išsaugojimą, tačiau ne į asmens teisę nevaržomai valdyti ir disponuoti duomenimis.

Vienas iš galimų reguliavimų, kuris užtikrintų vartotojo teisę į disponavimą duomenimis ir duomenų naudojimą yra nuosavybės teisė. *Disponavimas* apimtų galimybę sudaryti tiek atlygintinus, tiek ir neatlygintinius sandorius, kurių objektas yra *turtas* (Jovaiša, 2006, p. 53). Nagrinėjamu atveju, vartotojas įgytų teisę nevaržomai parduoti savo duomenis ir už tai gauti realų atlygį. Pavyzdžiui, vartotojas ketina įsigyti išmaniąją apyrankę *fitbit*, kuri renka ir sistemina vartotojo duomenis apie aktyvumą, miego režimą bei suvalgytų kalorijų skaičių (*Fitbit* privatumo politika). Visus šiuos duomenis *fitbit* parduoda tretiesiems asmenims, kurie padarę minėtų duomenų analizę pagal gautus rezultatus gali reklamuoti savo savo produkciją bei paslaugas, kurios padėtų pagerinti vartotojo gyvenimą (Users fear for privacy after...2019) Tai reiškia, jog *fitbit* iš vartotojo gauna pajamas net du kartus: i) kai vartotojas nusiperka apyrankę; ii) kai *fitbit* vartotojo duomenis parduoda tretiesiems asmenims. Tuo atveju, jeigu duomenis vartotojui priklausytų nuosavybės teisę, pastarasis galėtų parduoti savo duomenis *fitbit* ir už tai gauti nemokamą išmaniąją apyrankę. Tokiu atveju, realią naudą bei atlygį patirtų ne tik kompanija, tačiau ir pats vartotojas. Atkreiptinas dėmesys ir į kitą savininko

teisių turinį sudarančią teisę - *naudojimą*. Naudojimas teisė bendraja prasme – tai gavimas iš turto naudos, kuria pasireiškia jo ekonominis reikšmingumas (Jovaiša, 2006, p. 261). Tai reiškia, jog vartotojas įgytų teisę iš savo duomenų gauti ekonominę naudą. Ekonominis naudingumas pasireiškia per vartotojo galimybę duomenų naudojimu tenkinti savo asmeninius poreikius. Tokių poreikių tenkinimas gali būti suprantamas labai plačiai: nuo galimybės naršyti ir gauti informaciją internete iki galimybės prisijungti prie atitinkamo socialinio tinklo. Vartotojai iš tikrųjų įgautų visavertę asmeninių duomenų kontrolę tik tuo atveju, jeigu jiems būtų suteikiama teisė laisvai pasirinkti, kokius duomenis ir kokioje apimtyje jie leis naudoti kompanijoms už tam tikrą naudą ar atlygį. Pavyzdžiui, jeigu vartotojas turėtų galimybę pasirinkti, jog atitinkamam socialiniam tinklui, vartotojas leidžia naudoti tik vartotojo mygtuko paspaudimo *patinka* duomenis, tai būtų tinkamas naudojimo teisės įgyvendinimas. Kaip matyti, savininko teisės naudoti ir disponuoti, yra labai glaudžiai susijusios ir dažniausiai yra įgyvendinamos kartu. Duomenų subjekto galimybė įgyti ir naudoti minėtas teises neabejotinai užtikrintų ženkliai didesnę kontrolę duomenų atžvilgiu.

Nuosavybės mechanizmas suteiktų ir žymiai didesnę vartotojų apsaugą, tuo atveju, jei įmonės vartotojų duomenis naudotų ar jais disponuotų nesant išreikštos valios. Taip būtų dėl to, nes nuosavybės teisė yra suprantama kaip *erga omnes* t.y. suteikianti nuosavybės teisinę apsaugą prieš visus kitus asmenis (Jonaitis, 2005, p. 102). Be to, asmens teisė į nuosavybę teisė laikoma viena svarbiausių konstitucinių asmens teisių, kuri taip pat ginama ir tarptautiniu lygmeniu (ES Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių konvencija). 2002 m. rugsėjo 19 d. KT nutarime yra konstatuota, jog teisės normų sistema privalo užtikrinti savininko galimybę savo nuožiūra turtą naudoti, valdyti bei disponuoti juo, ginti ir saugoti nuosavybės teisę nuo pažeidimų. Tai reiškia, vartotojas iš esmės turėtų galimybę ginti savo nuosavybę į asmens duomenis net dviem būdais: i) daiktinių teisių gynimo būdų; ii) iš prievolių santykių kylančiais teisių gynimo būdais. Kitaip tariant, priklausomai nuo to, koks teisinis santykis yra tarp vartotojo ir kompanijos, kuri naudoja asmens duomenis, priklausytų teisių gynbos būdas. Pavyzdžiui, tuo atveju, jeigu tarp asmenų susiklostytų sutartiniai santykiai, o minėta sutartis būtų pažeista, asmuo turėtų galimybę remtis sutartinę civilinę atsakomybę reglamentuojančiomis teisės normomis (CK 6. 256 straipsnis). Iš esmės tai palengvintų ne tik netinkamo duomenų naudojimo fakto įrodinėjimą, tačiau taip pat teisiškai įpareigotą kompaniją laikytis sutartyje numatytų sutartų įsipareigojimų. Kitu atveju, jeigu tarp šalių nebūtų susiklostę sutartiniai santykiai, vartotojas galėtų pasinaudoti daiktinės teisės gynimo būdais, t. y. pareikšti vindikacinį ar negatorinį ieškinį kompanijai. Autorės nori atkreipti dėmesį į tai, jog tiek vindikacinio, tiek negatorinio ieškinio prigimtis ir paskirtis yra ginti *daikto* savininko pažeistas teises. CK 4.95 straipsnyje yra numatyta, jog savininkas turi teisę išreikalauti *savo daiktą* iš svetimo neteisėto valdymo, todėl teoriškai pagal dabartinį CK reglamentavimą duomenų subjektas negalėtų pasinaudoti šiais daiktinės teisės gynbos būdais. Vis dėlto, autorių įsitikinimu, tai prieštarautų sisteminiam daiktinės teisės

aiškinimui. Juk iš esmės daiktinės teisės normomis, reglamentuojančiomis nuosavybę, yra siekiama suteikti savininkui kuo didesnę apsaugą ir apginti asmens teisę į nuosavybę. Atitinkamai, jeigu būtų įtvirtinta nuosavybės teisė į duomenis, CK norma, reglamentuojanti vindikacinį ieškinį, turėtų būtų koreguojama. Pavyzdžiui Liuksemburgo civiliniame kodekse (Liuksemburgo civilinis kodeksas, 2021-01-01) yra numatyta, jog savininkas turi teisę išreikalauti ir nematerialųjį turtą (įskaitant duomenų bazes). Atitinkamai, tokia pati ar savo esme panaši nuostata galėtų būti inkorporuota ir į Lietuvos daiktinės teisės sistemą, pakeičiant vindikacinio ieškinio institutą ir papildomai nurodant, kad vindikacija galima ir į nematerialų turtą. Tokia pat analogija turėtų būti taikoma ir negatoriniam ieškiniiui. Šiuo metu, kai *de jure* duomenis nepriklauso nuosavybės teise, vartotojas galėtų ginti savo pažeistas teises tik reiškiant ieškinį dėl deliktinės atsakomybės arba remiantis BDAR įtvirtintu reguliavimu. Tad visiškai akivaizdu, jog asmens duomenų nuosavybės teisė suteiktų didesnę apsaugos spektrą asmenims, kurių duomenis kompanijos naudoja netinkamai. Vis dėlto, ar tikrai nuosavybės institutas yra tinkamas reguliavimas asmens duomenims?

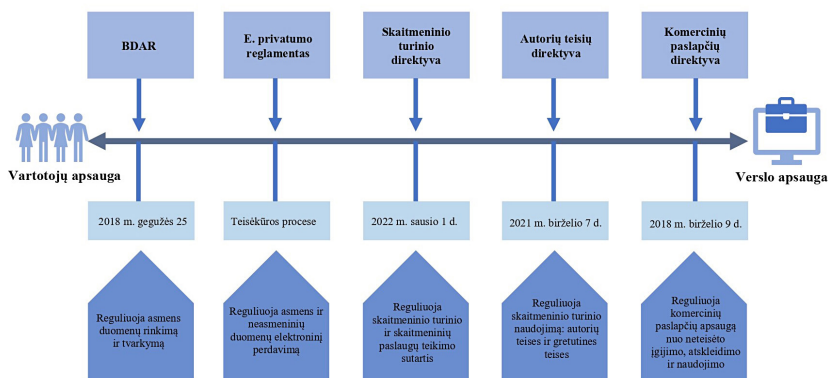
Tuo atveju, jeigu duomenys subjektams priklausytų nuosavybės teise, būtų visuotinai sutinkama, kad duomenys yra *prekė* (Oldfield, 2014, p. 54). Tai neabejotinai drastiškai sumažintų privatumo apsaugą, kadangi prireiktų labai daug išteklių, norint užtikrinti efektyvią kontrolę tokioje milžiniškoje duomenų rinkoje. Taip pat, visa iki šiol sukurta teisinė bazė prarastų savo aktualumą (taip pat ir BDAR), kadangi pasikeistų konceptualus suvokimas apie asmens duomenis (*ibid*). Pagrindinė problema, kodėl dabartinis išpėjimo – *pasirinkimo* modelis yra neveiksmingas vartotojų atžvilgiu yra ta, jog vartotojai neturi gilaus suvokimo, kokių mastu bei kokiems tikslams duomenys yra naudojami (Haupt, 2016, p. 5). Būtent dėl to, vartotojai net nesusimąstydami kiekvieną kartą paspaudžia reikiamas *varneles*, jog kuo greičiau gautų priėjimą prie reikiamos informacijos ar paslaugos. Daugumai vartotojų yra tinkamas dabartinis *mainų* modelis – duomenų subjektai gauna teisę naudotis socialiniu tinklu už tai, jog socialiniam tinklui leidžia naudoti savo duomenis (Grothaus, 2018). Dėl šių priežasčių, sunku įsivaizduoti, jog duomenų subjektai bus suinteresuoti atlikti papildomus veiksmus vien tik dėl to, jog galėtų parduoti savo duomenis vos už eurą ar net mažiau. Pagal atliktus tyrimus, duomenų brokeris už vieno asmens duomenis vidutiniškai mokėtų apie 0.5 USD (Steel, et al, 2020). Tad akivaizdu, jog duomenų subjektas prieš milijardines duomenų brokerių kompanijos neturėtų jokios derybinės galios. Visas šis duomenų pirkimo – pardavimo procesas iš esmės sulėtintų vartotojų naudojimąsi skaitmeninėmis paslaugomis. Be to, tai nepakeistų esamos situacijos, jog tokios kompanijos kaip *Google*, *Amazon*, *Facebook* ar *LinkedIn* turėtų perdėtą pranašumą prieš vartotojus (Zuboff, 2019).

Autorių vertinimu, visapusė darna tarp duomenų subjektų ir kompanijų būtų sukurta tik įtvirtinant visiškai naują *sui generis* asmens duomenų reglamentavimą. Naujasis reguliavimas turėtų suteikti asmenims žymiai didesnę kontrolę duomenų atžvilgiu, nei dabar. Duomenų subjektui turėtų būti suteikiama teisė kontroliuoti kada, kaip ir kokių

mastu vartotojas sutinka perduoti duomenis tretiesiems asmenims (Oldfield, 2014, p. 58). Tokią kontrolę padėtų pasiekti vadinami duomenų debesys (*angl. cloud*). Šių duomenų debesų principas yra, jog duomenų subjektas į debesį sukelia visus savo asmeninius duomenis, kuriuos jis sutinka perduoti tretiesiems asmenims (Wang, et al, 2014, p. 13). Taip iš esmės asmuo turi visišką kontrolę savo duomenų atžvilgiu. Duomenų subjektas gali kontroliuoti kokius duomenis jis leidžia naudoti bet kuriam socialiniam tinklui ar kitai skaitmeninei platformai. Be to, duomenų subjektas turi teisę bet kada nevaržomai sumažinti įkeltų duomenų kiekį ir neleisti duomenų naudoti tretiesiems asmenims. Taigi pagrindinis naujojo *sui generis* reguliavimo tikslas turėtų būti orientuotas į kuo didesnę pirminio vartotojo prieigą prie asmeninių duomenų. Atitinkamai, autorių vertinimu, vien tai, jog duomenys asmenims gali priklausyti nuosavybės teise, tai dar nereiškia, jog šis reguliavimas geriausiai užtikrintų duomenų subjektų interesus ir teises.

6. Teisinis duomenų reguliavimas

Šiuo metu ES galima išskirti penkis teisės aktus, kurie tiesiogiai ar ne nustato duomenų reguliavimo standartus. Pastarieji yra diferencijuojami pagal jų tikslus ir subjektų apsaugą. Pavyzdžiui, BDAR reguliavimas daugiausiai skirtas tik fizinio asmens duomenų interesų apsaugai, tuo tarpu 2016 m. birželio 8 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva (ES) 2016/943 dėl neatskleistos praktinės patirties ir verslo informacijos (komercinių paslapčių) apsaugos nuo neteisėto jų gavimo, naudojimo ir atskleidimo (**Komercinių paslapčių direktyva**) daugiausiai skirta verslo subjektų interesų apsaugai (žr. 2 paveikslėlį).



2 paveikslėlis. Europos teisės aktai, reguliuojantys Big data

(R. Lenz, *Big Data: Ethics and Law*, SSRN Electronic Journal, 2019)

Šie ES horizontalieji teisės aktai yra ganėtinai nauji, o 2017 m. sausio 10 d. pasiūlytas Reglamentas dėl teisės į privatų gyvenimą ir asmens duomenų apsaugos elektroninių ryšių sektoriuje, kuriuo panaikinama Direktyva 2002/58/EB (**E. privatumo reglamentas**) yra ilgame teisėkūros procese, kuris tęsiasi daugiau nei ketverius metus. ES šis teisės aktas itin svarbus, kadangi jo pagrindinis tikslas – atnaujinti duomenų teisinį reguliavimą ir papildyti BDAR, kuris dėl sparčios technologijų raidos praėjus tik dvejiems metams nuo įsigaliojimo, jau laikomas pasenusiu. Akivaizdu, jog pokyčiai duomenų srityse skaitmeniniam verslui nėra naudingi ir reikalauja ypač didelių ekonominių sąnaudų. Tačiau ilgi ir nesėkmingi bandymai pasiekti bendrą susitarimą dėl E. privatumo reglamento palieka verslo subjektus nežinioje. Teisinis duomenų reguliavimas vėluoja reaguoti į visuomenės poreikius. Taip yra, kadangi teisėkūros procesai yra ilgi ir lydimi intensyvių trišalių ES Parlamento, Komisijos ir Europos Vadovų Tarybos diskusijų. Taigi surasti darnią pusiausvyrą tarp komercinių ir vartotojų interesų yra itin sunku.

6.1. BDAR

Kaip minėta anksčiau, BDAR asmens duomenų apsaugas reguliavimas yra pagrindinis septyniais principais, kuriais siekiama sustiprinti pirminio vartotojo, kaip duomenų subjekto, teises ir suteikti jam suverenitetą į savo duomenis. Vis dėlto, Didžiųjų duomenų koncepcija prieštarauja šiems principams, kadangi iš esmės pagal BDAR asmens duomenų rinkimas turi būti grindžiamas pagrindiniu duomenų mažinimo principu. Kitaip tariant, turi būti vengiama rinkti duomenis, kurie nėra reikalingi tam tikram pirminiam tikslui. Tuo tarpu Big data yra grindžiama milžinišku duomenų kiekiu, renkamam iš skirtingų duomenų šaltinių. Tokia duomenų analizė yra atvira ir nėra apibrėžta iš anksto numatytu konkrečiu duomenų rinkimo tikslu. Be to, Didieji duomenys gali būti analizuojami ne vieną kartą ir keliais skirtingais tikslais (marketingo, individualizuotos rinkodaros, ir kt.). Tai lemia duomenų pakartotinį pritaikymą ir nukrypimą nuo pirminio tikslo, kuriam sutikimą davė pirminis duomenų subjektas.

Dar daugiau, BDAR apibrėžta asmens duomenų sąvoka įtvirtina tik hipotetinę idėją, jog asmens duomenys yra statiški ir gali būti tiksliai apibrėžti. Vienas pagrindinių BDAR tikslų buvo sukurti vieną suderintą asmens duomenų apsaugos mechanizmą visose ES valstybėse narėse – Europos bendrąją skaitmeninę rinką. Nors daugeliu aspektų BDAR pasiekė šį tikslą, tačiau vis dar yra spragų, kurias reikia pašalinti, siekiant išvengti tolesnio ES duomenų reguliavimo susiskaidymo (European Commission, 2020).

6.2. E. privatumo reglamentas

2020 m. spalio mėnesį vykusiame specialiaame Europos Vadovų Tarybos susitikime ES vadovai aptarė ES skaitmeninę transformaciją. Lyderiai pakvietė Komisiją iki 2021

m. kovo mėnesio pristatyti išsamų skaitmeninį kompasą, kuriame turi būti išdėstyti konkretūs ES skaitmeniniai siekiai iki 2030 m. Kaip anai, sutarta, jog skaitmeninimas gali pasiūlyti sprendimus daugeliui iššūkių, su kuriais susiduria Europa ir jos piliečiai. ES vertybių, piliečių pagrindinių teisių ir saugumo užtikrinimas yra pagrindinis skaitmeninio perėjimo elementas.

Šiuo metu galiojančioje direktyvoje dėl asmens duomenų tvarkymo ir privatumo apsaugos elektroninių ryšių sektoriuje (**E. privatumo direktyva**) galima rasti privatumo ir konfidencialumo apsaugos naudojantis elektroninių ryšių paslaugomis taisyklių, tačiau E. privatumo direktyvą reikia atnaujinti atsižvelgiant į naujus technologinius pokyčius. Planuojamas dabartinės E. privatumo direktyvos atnaujinimas bus reglamento, kuris bus tiesiogiai taikomas visose ES valstybėse narėse, pavidalu, o ne direktyva, kurią ES valstybės narės turėtų perkelti į nacionalinę teisę. E. privatumo reglamentas, kuriuo bus panaikinama E. privatumo direktyva, pagal dabartinę teisės akto versiją yra taikomas elektroniniams ryšiams plačiąja prasme. Reglamento reguliavimas apima bet kokią elektroninėmis priemonėmis skleidžiamą turinį, įskaitant elektronines žinutes, fotonuotraukas, garso ir vaizdo įrašus bei metaduomenis. Pabrėžtina, jog E. privatumo direktyva skaitmeninių duomenų nereglementuoja. Be to, E. privatumo reglamentas yra platesnės taikymo srities ir papildys bei patikslins BDAR reguliavimą, kadangi juo siekiama apsaugoti bet kokius duomenis, kurie yra perduodami elektroniniu būdu, neatsižvelgiant į tai, ar jie yra asmeniniai ar ne. BDAR nustato taisykles ir fiziniams, ir juridiniams asmenims, tačiau BDAR apsaugo tik asmens duomenis. Skirtingai nei BDAR, E. privatumo reglamentas taikomas ir juridinių asmenų duomenų apsaugai ir reguliuos ne tik fizinių asmenų ir juridinių asmenų santykius, bet ir juridinių asmenų tarpusavio santykius duomenų srityje.

Didžiųjų duomenų ekonomikos atžvilgiu, E. privatumo reglamentas itin didelę įtaką padarys metaduomenų analizei, kurios šiuo metu BDAR eksplicitiškai nereguliuoja. Pagal ES atvirųjų duomenų portalo aiškinamąjį žodyną, metaduomenys yra susisteminta informacija, kurios paskirtis – aprašyti, paaiškinti ir lokalizuoti informacijos šaltelių arba kitais būdais padėti jį lengviau gauti, naudoti arba valdyti (ES atvirųjų duomenų portalas). Kitaip tariant, tai yra duomenys apie duomenis. Tokie duomenys gali apimti aplankytas svetaines, geografinę vietą, skambučių laiką, datą ir trukmę ir kt., kurie leidžia daryti išvadas apie asmeninį elektroniniame ryšyje dalyvaujančių asmenų asmeninį gyvenimą: įpročius, socialinius ryšius, kitą informaciją, kuri yra įvairiuose prie interneto ryšio prijungtuose įrenginiuose. Todėl akivaizdu: tokie duomenys turėtų būtų laikomi itin jautriais ir jų apsauga turi būti sustiprinta.

2021 m. vasario 10 d. valstybės narės susitarė dėl privatumo apsaugos naudojantis elektroninių ryšių paslaugomis taisyklių persvarstymo. Atnaujintos E. Privatumo reglamento taisyklės apibrėš atvejus, kada paslaugų teikėjams leidžiama apdoroti elektroninių ryšių duomenis arba turėti prieigą prie duomenų, saugomų galutinių vartotojų įrenginiuose (Council of the European Union, 2021). Tikėtina, kad dabartinis E. pri-

vatumo reglamento tekstas prieš įsigaliojant bus keičiamas derybų su Europos Parlamento metu. Be abejonės, E. privatumo reglamentas bus pirmasis žingsnis ES skaitmeninio link.

6.3. Skaitmeninio turinio direktyva

Lietuva iki 2021 m. liepos 1 d. turi perkelti dviejų naujų direktyvų, nustatančių vartotojų apsaugos reikalavimus skaitmeninio turinio teikimo ir prekių pirkimo – pardavimo sutartyje, nuostatas į nacionalinę teisę (Viešojo konsultacija dėl vartojimo sutarčių..., 2021), kadangi ES įsigaliojo naujas dokumentų rinkinys, kurį sudaro direktyva dėl skaitmeninio turinio ir paslaugų teikimo sutarčių (**Skaitmeninio turinio direktyva**) ir direktyva dėl prekių pirkimo – pardavimo sutarčių (**Prekių pirkimo – pardavimo direktyva**). Šios direktyvos yra sutapatinamos ir viena nuo kitos neatsiejamos, todėl autorės jas analizuoja kartu. Skaitmeninio turinio direktyva yra susijusi su skaitmeninio turinio teikimu ir taikoma: skaitmenine forma sukuriams ir pateikiamiems duomenims, paslaugoms, leidžiančioms skaitmenine forma kurti, tvarkyti ar saugoti duomenis (pvz., debesija), paslaugoms, leidžiančios dalintis duomenimis (pvz., socialiniai tinklai) ir visoms fizinėms laikmenoms, naudojamoms tik kaip skaitmeninio turinio pateikimo priemonė. Tuo tarpu Prekių pirkimo – pardavimo direktyva bus taikoma visoms fizinėms prekėms, įskaitant produktus su skaitmeniniu elementu (pvz., išmaniuosius laikrodžius). Big data požiūriu aktualiausias yra tos netiesioginės sutartys, kai vartotojas už skaitmeninių paslaugų ar turinio tiekimą perkeltine prasme moka ne už kainą, o savo asmens duomenimis. Iškyla teisinis klausimas: kas nutiks teisei naudotis turiniu ar paslauga ir teise naudoti asmens duomenis po tokios sutarties nutraukimo? Iš esmės tuo atveju, jei vartotojas aiškiai neprašo, kad skaitmeninio turinio ar paslaugų teikėja ištrintų asmens duomenis pagal BDAR, Big data programos gali ir toliau laikyti asmens duomenis po sutarties nutraukimo, toliau gali būti siūlomos nemokamos sutartys mainais į asmens duomenis. Galima sakyti tokiu būdu yra palengvinamas Didžiųjų duomenų verslas.

6.4. Autorių teisių direktyva

ES 2019 m. balandžio 17 d. įsigaliojo direktyva dėl autorių teisių skaitmeninėje bendroje rinkoje (Europos Parlamento ir Tarybos (ES) 2019/790 2019 m. balandžio 17 d. Direktyva dėl autorių teisių ir gretutinių teisių bendroje skaitmeninėje rinkoje, kuria iš dalies keičiamos direktyvos 96/9/EB ir 2001/29/EB) (**Autorių teisių direktyva**), kuri į Lietuvos nacionalinę teisę turi būti perkelta per 24 mėnesius nuo jos įsigaliojimo dienos. Trumpai tariant, šia direktyva siekiama sukurti išsamią sistemą, kurioje autorių teisėmis saugomas turinys, autorių teisių turėtojai, teikėjai ir vartotojai galėtų pasinaudoti aiškesnėmis taisyklėmis, pritaikytomis skaitmeninei industrinės revoliucijos erai

(European Commission, 2019). Žvelgiant iš Didžiųjų duomenų perspektyvos, aktualiausias yra Autorių teisių direktyvos 3 straipsnis, reguliuojantis tekstų ir duomenų gavybą mokslinių tyrimų tikslais. Mokslinių tyrimų organizacijoms ir kultūros paveldo institucijoms, kaip universitetams, suteikiama išimtis teksto ir duomenų gavybai atlikti mokslinius tyrimus, nereikalaujant teisių turėtojų ar autorių leidimo. Ši plataus masto išimtis leidžia mokslinių tyrimų institucijoms naudoti bet kokią skaitmeninį turinį ir susijusius metaduomenis, paskelbtus bet kurioje viešosios socialinės žiniasklaidos platformoje, bei didelių duomenų analizei mokslo tikslais neturint teisių turėtojo sutikimo ar leidimo. Vertinant tokią nuostatą realybėje gali būti sunku atskirti, kur baigiasi mokslinis duomenų gavybos tikslas ir kur prasideda komercinis interesas. Be to, galima kelti papildomą klausimą, ar privatus universitetai, kurie yra glaudžiai susiję su verslo remėjais, taip pat būtų priskiriami šiai subjektų grupei.

6.5. Komercinių paslapčių direktyva

Lietuvos nacionalinėje teise 2018 m. birželio 1 d. įsigaliojusiais įstatymų buvo įgyvendinta Komercinių paslapčių direktyva, kurios tikslas – suderinti komercinių paslapčių apibrėžtį pagal tarptautiniu mastu galiojančius privalomus standartus, kadangi komercinės paslaptis yra vienas iš sunkiausiai apibrėžiamų terminų.

Žvelgiant iš Didžiųjų duomenų perspektyvos, labai svarbu, ar informacija apie klientus, teikėjus, verslo planus, rinkos tyrimus ir strategijas taip pat priskiriama komercinėms paslaptims ir ar dėl to jiems taikoma speciali apsauga bei konfidencialumas. Iš esmės komercinės paslapties apibrėžimas yra labai platus ir realiai leidžia bet kokią komercinio subjekto tvarkomą algoritmą ar dirbtinio intelekto duomenų tvarkymą laikyti komercine paslaptimi. Tačiau kyla klausimas, ar komercinės paslapties apsauga gali apimti ir individualius duomenis kaip atskirus vienetų, ar tik informacijos rinkinius? Neatmetant pirmosios galimybės, kad konkrečiose situacijose, net ir pavieniai duomenys gali būti komercinė paslaptis, tačiau remiantis Didžiųjų duomenų savybėmis, praktiškai ekonominę vertę turi daugiausia suvestinė informacija.

Didžiųjų duomenų atveju analizuojami klientų įpročiai, individualizuoti rinkodaros planai, kredito rizikos vertinimai gali apimti ir komercines paslaptis. Tokiu atveju duomenų ir komercinių paslapčių apsaugos sutapimas kelia sudėtingą pusiausvyros problemą. Tačiau BDAR nustato tam tikras komercinių paslapčių apsaugos ribas, kai naudojami neskelbtini asmens duomenys. Religinės ir politinės pažiūros, sveikatos duomenys, sveikata ir pan. laikomi neskelbtiniais pagal BDAR ir jiems taikoma speciali apsauga.

Šiuo metu dabartinė teisinė sistema nenumato aiškaus atsakymo, kieno teisės vyrauja - ar komercinės paslapties turėtojų, ar duomenų apsaugos subjektų. Problema galima būti sprendžiama vertinant kiekvieną kolizijos atvejį atskirai bei apsvairstant galimybę įvesti konkrečiam sektoriui taikomas išimtis. Visgi, remiantis autorių atliktą

analize, privatumo apsauga yra svarbesnė už komercinius interesus ir žmogus šioje vietoje turi būti prioritetas.

Pateiktų ES teisės aktų, reguliuojančių duomenis, analizė patvirtina įžangoje iškeltą straipsnio hipotezę, jog ES skaitmeninių duomenų reguliavimas nėra pakankamas tokiame sparčiame Didžiųjų duomenų ekonomikos paplitimui. Iš esmės Didžiųjų duomenų koncepcija prieštarauja visiems ES pagrindinio duomenų teisės akto – BDAR – įtvirtintiems duomenų apsaugos principams. Tuo tarpu E. privatumo reglamentas, kuris dar vis yra ilgame teisėkūros procese, reikšmingai neapribos asmeninio profiliavimo ir nuspėjamos duomenų subjekto elgsenos analizės, kurie yra pagrindiniai Didžiųjų duomenų ekonomikos varikliai. Likusios trys direktyvos yra suformuluotos taip, jog būtų labiau palankios verslo subjektams ir taip dar labiau palaiko Didžiųjų duomenų naudojimą. Skaitmeninio turinio direktyva suteikia galimybę skaitmeninių paslaugų teikėjams laikyti asmeninius kliento duomenis po sutarčių nutraukimo. Autorių teisių direktyva palengvina duomenų gavybą mokslo tikslais ir atveria neaiškumą, kadangi riba tarp komercinių ir mokslinių tikslų yra labai siaura. Pagaliau, Komercinių paslaugų direktyva leidžia įmonėms asmens laikyti duomenų tvarkymą kaip komercinę paslaptį ir taip atima iš duomenų subjektų bet kokią skaidrumą ir jų duomenų kontrolę.

Dėl šių priežasčių, *de facto* ES gyvenantys asmenys nėra apsaugoti nuo Big data technologijos. Kaip minėta, anksčiau analizuoti teisės aktai, nustato vartotojų ir verslo subjektų interesų pusiausvyrą, tačiau tai nėra problemos sprendimo būdas. Didžiųjų duomenų reguliavimo trūkumo negalima užpildyti tik panaikinant esamos teisinės sistemos spragas. Tam reikia esminio teisės sistemos pakeitimo, kuris būtų orientuotas į šias sritis: asmens apsisprendimo teisę dėl asmens duomenų naudojimo, asmens skaitmeninės tapatybės sampratą, plačios apimties skaitmeninių duomenų švietimą ir galiausiai, Didžiųjų duomenų ekonomikos skaidrumą. Kadangi, kai paties asmens įvesti duomenys į skaitmeninę erdvę yra perduodami tretiesiems asmenims (su duomenų subjekto sutikimu ar be jo) asmuo praranda pirminę kontrolę savo asmens duomenų atžvilgiu kartu perleidžiant ir tam tikras nuosavybės teisės sudedamąsias dalis. Atitinkamai yra akivaizdu, kad pirminio duomenų subjekto nuosavybės teisė į tokius duomenis nėra galima, kadangi Didžiųjų duomenų grandyje, pirminis subjektas apskritai praranda visą įmanomą kontrolę į pirminius duomenis.

Taigi šiandien išgyvename aktyvų duomenų reguliavimo laikotarpį, kuris nulems kaip ekonomika plėtosis ateinančioms kartoms. Duomenų reguliavimas šiuo metu remiasi asmeninio privatumo principu. Tobulėjant technologijoms ES įstatymų leidėjas suvokia, jog teisės aktai turi būti atnaujinami, kadangi šiandien būtent technologijos ir duomenys apibrėžia ekonomiką bei kultūrą. Po visiškai nenusipėjamų ir visomis priemonėmis sukrėtusių 2020 m., ateinantys 2021 m. skaitmeninių duomenų reguliavimo atžvilgiu bus itin įtempti ir pilni naujų taisyklių, prie kurių turės prisitaikyti ne tik Didžiųjų duomenų ekonomikos naudotojai, bet ir visi Europos piliečiai. Viena aišku, jog duomenų nuosavybės implementavimas į teisės aktus nėra tinkamas reglamentavimo

būdas, atsižvelgiant tiek į duomenų kaip objekto savybes bei pačią nuosavybės teisės esmę. Norint užtikrinti asmeninių duomenų apsaugą bei trečiųjų asmenų interesų pusiausvyrą yra būtina sukurti *sui generis* asmens duomenų naudojimo teisinį reglamentavimą.

Išvados

1. Duomenų subjektai, naudodamiesi įvairiomis daiktų interneto technologijomis, iš trečiųjų asmenų gauna ilgalaikę naudą (pvz., socialiniai tinklai ir kitos skaitmeninės paslaugos). Vis dėlto, esant dabartiniam teisiniam reglamentavimui, vartotojas negali kontroliuoti savo asmens duomenų ir gauti realios ekonominės naudos. Atitinkamai, reikalinga sukurti tokį duomenų teisinį reguliavimą, kuris padėtų duomenų subjektams gauti piniginę naudą už leidimą naudoti jų duomenis duomenų naudos gavėjams.
2. Duomenys, kaip nuosavybės teisės objektai, kvalifikuotini kaip turtinės teisės, bet ne kaip savarankiški nuosavybės objektai šalia kitų objektų. Taip yra todėl, kad duomenys yra nematerialūs ir savo esme pagal Lietuvos daiktinės teisės sistemą negali būti prilyginami kitam turtui ar daiktams.
3. Asmens duomenų nuosavybės įtvirtinimas nesukurtų tinkamos apsaugos duomenų subjekto atžvilgiu. Balansas tarp duomenų subjektų ir trečiųjų asmenų būtų pasiektas tik priėmus visiškai naują *sui generis* skaitmeninių duomenų reglamentavimą.
4. Nors šiuo metu net penki pagrindiniai teisės aktai reglamentuoja duomenų teisinę apsaugą, visgi perspektyvoje skaitmeninių duomenų reguliavimo pagrindiniu ir svarbiausiu teisės aktu turėtų būti E. privatumo reglamentas, kuris vis dar yra teisėkūros procese. BDAR yra vienintelis privalomas ir tiesiogiai taikomas teisės aktas visose ES valstybėse narėse. Tačiau atsižvelgiant į sparčią technologijų raidą, minimo reglamento taikymas nepakankamas. Dėl to ES siekiama kuo greičiau priimti E. privatumo reglamentą, kurio pagrindinis tikslas – atnaujinti duomenų teisinį reguliavimą ir papildyti BDAR.

Literatūros sąrašas

Norminiai teisės aktai:

1. Europos Parlamento ir Tarybos (ES) 2019/790 2019 m. balandžio 17 d. Direktyva dėl autorių teisių ir gretutinių teisių bendrojoje skaitmeninėje rinkoje, kuria iš dalies keičiamos direktyvos 96/9/EB ir 2001/29/EB;
2. Europos Parlamento ir Tarybos 2016 m. balandžio 27 d. reglamentas (ES) 2016/679 dėl fizinių asmenų apsaugos tvarkant asmens duomenis ir dėl laisvo tokių duomenų judėjimo ir kuriuo panaikinama Direktyva 95/46/EB (Bendrasis duomenų apsaugos reglamentas);

3. Europos Parlamento ir Tarybos 2017 m. sausio 10 d. reglamento dėl teisės į privatų gyvenimą ir asmens duomenų apsaugos elektroninių ryšių sektoriuje, kuriuo panaikinama Direktyva 2002/58/EB (Reglamentas dėl privatumo ir elektroninių ryšių) pasiūlymas;
4. Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas, 2021-01-01 redakcija, Valstybės žinios
5. Komisijos 2020 m. vasario 19 d. komunikatas Europos Parlamentui, Tarybai, Europos ekonomikos ir socialinių reikalų komitetui ir regionų komitetui, Europos duomenų strategija;

Specialioji literatūra:

6. Bram A., (2008) *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law* (Antwerp-Oxford: Intersentia, 2008);
7. Bardaji, L., (2021) *The volume of data you have reflects your value. Is data owned?* https://Dobetter.Esade.Edu/En/Data-Ownership?_wrapper_format=html;
8. Bottis, M., Bouchagiar G., (2018) *Personal Data v. Big Data: Challenges of Commodification of Personal Data*, Open Journal of Philosophy, Vol.8 No.3., doi: 10.4236/ojpp.2018.83015;
9. Gandomi A., Haider M., (2015) *Beyond the hype: Big data concepts, methods, and analytics*, <https://doi.org/10.1016/j.jinfomgt.2014.10.007>;
10. Gordley, J., (1998) *Contract, Property and the Will – The Civil Law and Common Law Tradition*: H.N. Scheiber (ed.), The state and freedom of contract (Making of Modern Freedom), Stanford University Press, p. 66-88;
11. Hummel, P., Braun, M., Dabrock, P., (2020) *Own Data? Ethical Reflections on Data Ownership*. Philos. Technol. <https://doi.org/10.1007/s13347-020-00404-9>;
12. Wang J., Wang Z., (2014) *A Survey on Personal Data Cloud*, The Scientific World Journal, vol., Article ID 969150, 13 pages, 2014. <https://doi.org/10.1155/2014/969150>;
13. Jonaitis, M., (2005) *Romėnų privatinės teisės įtaka šiuolaikinei civilinei ir civilinio proceso teisei*: daktaro dis. soc. mokslai: teisė (01S)/MRU.- V. P. 101;
14. Jovaišas, K., (2006) *Nuosavybės teisinis režimas*. Teisės problemos. Vilnius: Justitia, Nr. 3 (53);
15. Onik M. M. H., Kim C., Yang J., (2019) *Personal Data Privacy Challenges of the Fourth Industrial Revolution*, 21st International Conference on Advanced Communication Technology (ICACT), p. 635-638, doi:10.23919/ICACT.2019.8701932;
16. Pakalniškis, V., (2005) *Daiktai civilinių teisių objektų sistemoje*. Jurisprudencija, t. 71 (63), p. 78;
17. Patgiri R., Ahmed A., (2016) *Big Data: The V's of the Game Changer Paradigm*, 10.1109/HPCC-SmartCity-DSS.2016.0014;
18. Taminskas, A., (1997) *Civilinė teisė: vadovėlis* (atsak. red. Vladas Staskonis). Kaunas: Vijausta, p. 258-259;
19. Taminskas, A., (2003) *Lietuvos Respublikos civilinio kodekso komentaras. Bendroji dalis. I dalis*. p. 213, 2;
20. Zalieckaitė L., Žilinskas R., (2016) *Daiktų interneto technologijos taikymo versle nauda ir rizika*, Informacijos mokslai, 720, p. 102-117, doi: 10.15388/Im.2015.72.9223.

Teismų praktika

Kitų valstybių teismų sprendimai

21. Anglijos ir Velso apeliacinio teismo teisėjo Mummery LJ nuomonė Fairstar byloje, Civ 886, 2013 m. liepos 19 d.

Konstitucinio teismo jurisprudencija

22. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2002 m. spalio 22 d. nutarimas

Bendrosios kompetencijos teismų sprendimai

23. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2013 m. spalio 22 d. nutartis byloje Nr. 2K-7-262/2013

Kita literatūra:

24. Chojecki, P., (2019) *How Big is Big Data?*. Prieiga per internetą: <https://towardsdatascience.com/how-big-is-big-data-3fb14d5351ba> [žiūrėta 2021 m. vasario 2 d.];
25. Dienarščio *The Guardian* straipsnis: *The Cambridge Analytica scandal changed the world – but it didn't change Facebook*. Prieiga per internetą: <https://www.theguardian.com/technology/2019/mar/17/the-cambridge-analytica-scandal-changed-the-world-but-it-didnt-change-facebook> [žiūrėta 2020 m. gruodžio 10 d.];
26. Dienarščio *lrt.lt* straipsnis: *Teisininkė: vienas po kito duomenų nutekėjimo incidentai, o kaip panaudoti pavogtus duomenis – tik išradinimo klausimas*. Prieiga per internetą: <https://www.lrt.lt/naujienos/verslas/4/1347881/teisininke-vienas-po-kito-duomeniu-nutekinimo-incidentai-o-kaip-panaudoti-pavogtus-duomenis-tik-isradinimo-klausimas> [žiūrėta 2021 m. kovo 02 d.];
27. DIGITALEUROPE straipsnis: *Two years of GDPR: A report from the digital industry*. Prieiga per internetą: <https://www.digitaleurope.org/resources/two-years-of-gdpr-a-report-from-the-digital-industry/> [žiūrėta 2021 m. vasario 10 d.];
28. ES atvirųjų duomenų portalo aiškinamasis žodynėlis. Prieiga per internetą: <https://data.europa.eu/euodp/lt/glossary> [žiūrėta 2021 m. vasario 10 d.];
29. Europos Komisijos pranešimas spaudai: *Questions & Answers: EU negotiators reach a breakthrough to modernise copyright rules*. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_19_1151 [žiūrėta 2021 m. vasario 15 d.];
30. Europos Vadovų Tarybos pranešimas spaudai: *Confidentiality of electronic communications: Council agrees its position on ePrivacy rules*. Prieiga per internetą: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/02/10/confidentiality-of-electronic-communications-council-agrees-its-position-on-eprivacy-rules/> [žiūrėta 2021 m. vasario 10 d.];
31. *Fast Company* publikuotas straipsnis: *How our data got hacked, scandalized, and abused in 2018*. Prieiga per internetą: <https://www.fastcompany.com/90272858/how-our-data-got-hacked-scandalized-and-abused-in-2018> [žiūrėta 2021 m. sausio 8 d.];

32. IDC 2017 m. ataskaita: *Data Age 2025: The Evolution of Data to Life-Critical Don't Focus on Big Data; Focus on the Data That's Big*. Prieiga per internetą: <https://www.import.io/wp-content/uploads/2017/04/Seagate-WP-DataAge2025-March-2017.pdf> [žiūrėta 2021 m. vasario 2 d.];
33. IDC 2018 m. ataskaita: *The Digitization of the World From Edge to Core*. Prieiga per internetą: <https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-data-age-whitepaper.pdf> [žiūrėta 2021 m. vasario 2 d.];
34. Youtube vaizdo įrašas *Mark Zuckerberg's Testimony Before Congress: The Six Best Exchanges*. Prieiga per internetą: <https://www.youtube.com/watch?v=HAGbLiQSzEk>, [žiūrėta 2021 m. vasario 1d.];
35. Lietuvos Respublikos Vyriausybės viešoji konsultacija dėl vartojimo sutarčių skaitmeninio turinio teikimo ir prekių pirkimo –pardavimo teisinio reguliavimo. Prieiga per internetą: <https://epilietis.lrv.lt/lt/konsultacijos/viesoji-konsultacija-del-vartojimo-sutarciu-skaitmeninio-turinio-teikimo-ir-prekiu-pirkimo-pardavimo-teisinio-reguliavimo> [žiūrėta 2021 m. vasario 15 d.];
36. Memeburn publikuotas straipsnis *Our personal data is becoming a commodity, but are we ready for that?* Prieiga per internetą: <https://memeburn.com/author/andy-oldfield/> [žiūrėta 2021 m. sausio 15 d.];
37. OneZero Medium publikuotas straipsnis *How Much Is Your Privacy Really Worth?* Prieiga per internetą: <https://onezero.medium.com/how-much-is-your-privacy-really-worth-421796dd20> [žiūrėta 2021 m. sausio 19 d.];
38. Profit from Tech publikuotas straipsnis: *The Ultimate List of Internet of Things Statistics for 2021*. Prieiga per internetą: <https://www.profitfromtech.com/internet-of-things-statistics/> [žiūrėta 2020 m. gruodžio 22 d.];
39. Serenity straipsnis: *How Netflix used big data and analytics to generate billions*. Prieiga per internetą: <https://seleritysas.com/blog/2019/04/05/how-netflix-used-big-data-and-analytics-to-generate-billions/> [žiūrėta 2021 m. vasario 10 d.];
40. Statistinių duomenų portalo Statista straipsnis: *Worldwide digital population as of October 2020*. Prieiga per internetą: <https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-worldwide/> [žiūrėta 2021 m. vasario 2 d.];
41. Tarpinė ataskaita vykdamą bendrą tyrimą *Didieji duomenys*, kurį pradėjo AGCOM svarstymas Nr. 217/17/CONS. Prieiga per internetą: <https://www.agcom.it/documents/10179/10875949/Allegato+4-9-2018/f9befcb1-4706-4daa-ad38-c0d767add5fd?version=1.0> [žiūrėta 2020 m. gruodžio 22 d.];
42. Teiso.pro publikuotas straipsnis: *P. Jurčys. Asmeninių duomenų nuosavybė*. Prieiga per internetą: <http://www.teiso.pro/index.php/2020/08/11/p-jurcys-asmeniniu-duomenu-nuosavybe/> [žiūrėta 2020 m. gruodžio 20 d.];
43. *The New York Times* publikuotas straipsnis *How Tech Companies Manipulate Our Personal Data*. Prieiga per internetą: <https://www.nytimes.com/2019/01/18/books/review/shoshana-zuboff-age-of-surveillance-capitalism.html> [žiūrėta 2021 m. vasario 5 d.].

SKAITMENINIAI DUOMENYS: AR REIKALINGAS NAUJAS TEISINIS REGULIAVIMAS?

Santrauka

Šiame straipsnyje analizuojamas skaitmeninių duomenų fenomenas ir jo įtaka tiek kasdieniam kiekvieno individo gyvenimui, tiek verslo subjektams. Aptariamas duomenų nuosavybės teisinis klausimas, kuris yra neatsiejamai susijęs su Big data atsiradimu. Analizuojamas ES Didžiųjų duomenų teisinis reguliavimas ir išskiriami jo trūkumai: i. teisinis duomenų reguliavimas nespėja vyti sparčios technologijų raidos ir tokio didelio duomenų kūrimo fenomeno; ii. dabartiniai ES teisės aktai, reguliuojantys duomenys, yra skirti duomenų subjekto arba verslo interesų apsaugai, o ne bendram duomenų reguliavimo ekosistemos sukūrimui. Dėl šių priežasčių keliamas duomenų nuosavybės klausimas, kuris, manoma, gali pakeisti visą teisinį skaitmeninių duomenų suvokimą tolesnėje industrinės revoliucijos evoliucijoje.

DIGITAL DATA: IS A NEW LEGAL REGULATION NEEDED?

Summary

This article analyzes the phenomenon of digital data and its impact on both the daily lives of each individual and businesses. Article discusses the legal issue of data ownership, which is inextricably linked with the emergence of Big data. The EU legal regulation of digital data faces the following shortcomings: i. legal regulation of data does not keep pace with the rapid development of technology and the phenomenon of such large-scale data creation; ii. the current EU data legislation is intended to protect the interests of the data subject or business and not to create a common data regulatory ecosystem. For these reasons, the question of data ownership is raised, which is thought to be able to change the whole legal perception of digital data in the further evolution of the Industrial Revolution.

TELEMEDICINA: PROBLEMINIAI (NE)REGULIAVIMO ASPEKTAI IR ATEITIES PERSPEKTYVOS

Alanas Gulbinas, Kamilė Jogminaitė

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto

4 kurso, 3 akademinės grupės teisės studentai

Saulėtekio al. 9, I rūmai, 10222 Vilnius

El. paštas: alanas.gulbinas1@gmail.com; kamilejog@gmail.com

Mokslinio straipsnio akademinis kuratorius lekt. Šarūnas Narbutas

El. paštas mr.narbutas@gmail.com

Mokslinio straipsnio praktinė kuratorė Erika Žigutė

El. paštas erika.zigute@sorainen.com

Straipsnyje analizuojami telemedicinos probleminiai (ne)reguliavimo aspektai ir ateities perspektyvos

This article analyzes the main problematic aspects of (non) regulation and future perspectives in the field of telemedicine.

Įvadas

Šio darbo **tikslas** yra ištirti, kaip technologijų plėtra paveikė sveikatos sektorių, kurios skaitmeninės technologijos telemedicinos srityje yra naudojamos šiuo metu ir/ar turėtų būti taikomos ateityje. Kartu, aptarti, kokią reikšmę telemedicinos vystymuisi Lietuvoje turi dabartinis teisinis šios srities reguliavimas tarptautiniu bei nacionaliniu lygiu ir kaip jis galėtų kisti ateityje.

Mokslinio straipsnio **objektas** – telemedicinos reguliavimas Lietuvoje bei tarptautiniu mastu bei šios srities perspektyvos ateityje.

Darbo **aktualumą** lemia tai, jog COVID-19 pandemijos situacija parodė, jog tradicinių priemonių medicinos sektoriuje nebužtenka ir Lietuvoje itin svarbu plėtoti dar labai jauną telemedicinos sektorių, kuris kitose Vakarų valstybėse sparčiai plinta pastaruosius keliolika metų.

Darbe taikyti istorinis, lingvistinis, sisteminis, teleologinis **metodai**. Istoriniu metu siekiama atskleisti, kaip iki šiol buvo suprantama telemedicina ir kaip ji istoriškai

buvo taikoma bei reguliuojama. Lingvistinis bei teleologinis metodai padeda ištirti darbui aktualius teisės šaltinius. Sisteminis metodas taikomas atskleisti teisės aktų turinį, straipsnių prasmę.

Darbo **originalumą** lemia tai, kad nagrinėjamas klausimas Lietuvos teisės mokslo akademiniame veikloje nebuvo nagrinėtas. Atkreiptinas dėmesys, kad analizuojamas klausimas šiuo metu kelia daugelį diskusijų tiek Europos Sąjungos lygiu, tiek ir globaliu lygiu, o kartu yra vis dažniau aptariamas reiškinys ir Lietuvoje.

1. Telemedicinos samprata

Šiuometinė COVID-19 pandemijos situacija parodė, jog žmogaus sveikatos apsaugai nebeužtenka įprastų priemonių. Kitaip tariant, technologinių inovacijų panaudojimas sveikatos sektoriuje tampa neatsiejama priemone. Tūkstančiai naujų COVID-19 diagnozių kasdien bei perpildytos ligoninės parodė, jog sveikatos apsaugos sektorius nebepajėgia tinkamai funkcionuoti, kadangi fizinis apsilankymas gydymo įstaigoje, kai šalyje siaučia pavojingas virusas, kelia didelę riziką asmens sveikatai. Tai lėmė poreikį atsižvelgti į naujus iššūkius sveikatos apsaugos politikoje ir ieškoti būdų, kurie padėtų efektyviai, kokybiškai, greitai bei mažais kaštais prižiūrėti ir saugoti žmonių sveikatą išvengiant kontakto. Pabrėžtina, jog nuotolinė medicina (toliau – **telemedicina**) ir elektroninė sveikata (toliau – **e. sveikata**) pasaulyje sparčiai vystėsi ir iki 2020 metų COVID-19 pandemijos, o nuotolinės sveikatos priežiūros priemonės daugumoje Vakarų demokratijos valstybių jau kurį laiką buvo aktyviai naudojamos. Ne tik Lietuvoje, bet ir daugelyje kitų valstybių tik COVID-19 pandemijos akivaizdoje buvo atsigręžta į nuotolinę sveikatos priežiūrą. Tikslinga apibrėžti, kas vadinama telemedicina ir kaip ji suprantama tarptautiniu bei nacionaliniu lygmeniu bei, kokią sąsają telemedicina turi su e. sveikata.

Jungtinių Tautų Pasaulio sveikatos organizacija (toliau – **PSO**) apibūdina e. sveikatą kaip „sveikatinimo resursų ir sveikatos priežiūros perkėlimą į elektronines priemones“. Tačiau dėl daugiasluksnio e. sveikatos požiūrio ši sąvoka dažnai vartojama skirtingai. Akademiniame bendruomenėje dažniausiai cituojamas mokslininko Eysenbach G. e. sveikatos apibrėžimas: „e-sveikata yra besiplečianti sritis medicinos informatikos, visuomenės sveikatos ir verslo sandūroje, apimanti sveikatos paslaugas ir informaciją, perduodama internetu ir susijusiomis technologijomis. Siauresnė prasme sąvoka apima ne tik techninę raidą, bet ir psichologinę būseną, mąstymo būdą, elgseną ir išipareigojimą tinkliškai, globaliai mąstyti, naudojant informacines ir komunikacines technologijas, gerinant sveikatos priežiūrą vietos, regiono ir pasaulio mastu (Griškevičius J., 2012, p. 7). Lietuvoje kalbant apie šią sąvoką yra svarbus Lietuvos Respublikos sveikatos sistemos įstatymas, kurio 2 str. 2 p. įtvirtina e. sveikatos sistemos sąvoka: *priemonių, skirtų sveikatinimo veiklai, pasitelkiant informacines ir ryšių technologijas, visuma*. Glaustai apiben-

drinant, galima teigti, jog e. sveikata apskritai yra informacinių ir komunikacinių technologijų panaudojimas medicinos srityje tam, kad būtų suteikiamos nepertraukiamos sveikatos priežiūros paslaugos pacientui net ir persikėlus į virtualią erdvę.

E. sveikatos sąvokos ir turinio analizė reikšmingai viršytų šio darbo apimtį, todėl siekiant prisidėti prie teisinės diskusijos telemedicinos srityje, šiame darbe apsiribosime būtent telemedicinos, kuri yra e. sveikatos sudėtinė dalis, turinio analize. PSO naudojamas telemedicinos apibrėžimas, autorių požiūriu, yra vienas tiksliausių: „*telemedicina yra visų sveikatos priežiūros profesionalų paslaugų teikimas naudojantis informacinėmis ir komunikacinėmis technologijomis, kai atstumas yra kritinis faktorius, kad būtų apsikeista informacija reikalinga ligų ir traumų diagnozei, gydymui ir prevencijai, tyrimams bei vertinimas ir testiniam sveikatos paslaugų tiekėjų mokymui, pagrindinį dėmesį skiriant individų ir bendruomenių sveikatos gerinimui.*“ (World Health Organization, 2010, p. 10) trumpiau tariant, telemedicina yra praktinė sritis, kurioje naudojamos telekomunikacijos, siekiant konsultuoti, diagnozuoti ligas bei gydyti pacientus. Taigi, jei e. sveikatą suvokiame kaip technologijų panaudojimo visumą medicinoje, tai telemedicina – praktinė sritis ir taikoma tik klinikinėje veikloje – tai yra klinikinų paslaugų teikimas per atstumą.

1.1 Telemedicinos istorija ir tikslas

Telemedicinos ištakomis galėtume laikyti 1960 metus, o kilmės vietą – Jungtines Amerikos Valstijas (toliau – JAV). Pirmoji nuotolinius klinikiškus metodus pradėjo naudoti Nacionalinė aeronautikos ir kosmoso administracija (NASA) stebėdama astronautų sveikatą misijų metu. Kiek vėliau, maždaug po dešimtmečio, telemedicinos priemonės JAV pradėtos naudoti ir kitose srityse (psichiatrijos, antrosios nuomonės). Europos regione, XX a. paskutiniajame dešimtmetyje telemedicinos priemonės pradėtos taikyti Skandinavijos šalyse. Vis dėlto, pastebėtina, kad telemedicina plačiau pradėta taikyti tik XXI a., todėl yra ganėtinai naujas reiškinys.

Kalbant apie telemedicinos ir apskritai nuotolinės sveikatos priežiūros tikslą, svarbu paminėti, jog šios priemonės pradėtos kurti visų pirma siekiant taupyti laiką bei mažinti paslaugų teikimo sąnaudas. Kartu telemedicinos pritaikymas aktualus ir dėl to, kad garantuojama tęstinė sveikatos priežiūra, greitesnis gydytojų tarpusavio konsultavimas bei patogesnis informacijos dalinimasis, o toks reikšmingumas yra ypač matomas COVID-19 pandemijos kontekste, kai fiziškai į ligonines patekti darosi vis sudėtingiau, o kartu ir pavojingiau. Apibendrinant galima teigti, kad vienas pagrindinių telemedicinos tikslų – siekti, kad pagalba būtų veiksminga, prieinama tiek miestų, tiek atokesnių regionų gyventojams.

Kaip ir įprastinėje sveikatos paslaugų sferoje taip ir telemedicinoje neabejotinai turi būti užtikrinamas etiškas paslaugų teikimas, o ypač vengiant situacijų, kuomet pacientui yra padaroma žala. Svarbu ir tai, kad taikomi metodai būtų pagrįsti įrodymais

ir jeigu telemedicinos paslaugų rizika yra bent kiek didesnė nei jas teikiant gydymo įstaigoje, jų turi būti atsisakoma. Vienas svarbiausių telemedicinos privalumų yra tai, kad profesionalios sveikatos priežiūros paslaugos gali būti eksportuojamos, t.y. aukštos kvalifikacijos gydytojų konsultacijos gali būti teikiamos ne tik tos šalies pacientams, todėl gerėja paslaugų prieinamumas. Gydytojai turi galimybę realiu laiku konsultuotis su kitais gydytojais, kaupti ir dalintis turima informacija su savo kolegomis (Wurm EM, 2007). Pažymėtina, kad sėkmingam telemedicinos sistemos veikimui reikalinga speciali įranga (tinkamos darbo vietos), informacijos perdavimo priemonės, kurios turi būti tinkamos medicininei informacijai atpažinti, perduoti ir priimti; naudotojai (gydytojai ir jų mokymas bei pacientai ir jų informavimas); bei politika ir tinkami įstatymai. Taip pat telemedicina yra veikiamą begalės kitų komponentų, pavyzdžiui, duomenų apsaugos reikalavimų. Visa tai reiškia, kad siekiant tinkamo telemedicinos sistemos funkcionavimo valstybėje reikalingas sistemiškas jos reguliavimas bei vieningo taikymo praktika, o ypatingai tai svarbu vertinant galimas paslaugų teikimo rizikas teisiniu aspektu. Todėl toliau darbe aptariami aktualūs tarptautiniai bei nacionalinio lygmens telemediciną reglamentuojantys teisės aktai.

2. Telemedicinos reglamentavimas ir svarbiausi teisės aktai

Prieš detaliau nagrinėjant e. sveikatos ir iš to išplaukiantį telemedicinos teisinį reguliavimą Europos Sąjungos lygiu būtina nurodyti teisinį pagrindą, dėl kurio šios sritys Europos Sąjungos lygiu iš viso gali būti reguliuojamos. Europos Sąjungos sutarties ir Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo (toliau – SESV) IV-oji antraštinė dalis reguliuoja laisvą asmenų, paslaugų ir kapitalo judėjimą. Taigi, telemedicina, kaip sveikatos priežiūros paslauga, patenka į SESV 56-57 straipsnių taikymo sritį, todėl telemedicinos paslaugos remiasi paslaugų laisvo judėjimo principu, įgalinančiu telemedicinos reguliavimą plėsti ne tik nacionalinėmis valstybių narių priemonėmis, bet ir pasitelkiant ES teisinius instrumentus.

Vienas pirmųjų dokumentų, turinčių sąsają su telemedicina buvo 1995 metais Europos Tarybos ir Europos Komisijos išleista direktyva Nr. 95/46/EB „dėl asmenų apsaugos tvarkant asmens duomenis ir dėl laisvo tokių duomenų judėjimo“ (toliau – **Direktyva dėl duomenų apsaugos**) (Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 1995/46/EB). Direktyvos 8 straipsnyje, reglamentuojančiame ypatingų kategorijų duomenų tvarkymą, įtvirtinta duomenų apie asmens sveikatą apsauga ir išimtis, kada ir kaip tokie duomenys gali būti tvarkomi valstybių narių. Viena iš tokių išimčių yra atvejis, kai „*duomenis reikia tvarkyti teikiant profilaktines medicinos, medicininės diagnostikos, medicinos priežiūros, gydymo, sveikatos apsaugos paslaugas ir kai tokius duomenis tvarko sveikatos apsaugos darbuotojas, kuriam pagal nacionalinius įstatymus arba nacionalinių kompetentingų institucijų nustatytas taisyklės galioja profesinės paslapties saugojimo pareiga, arba kitas asmuo, kuriam irgi galioja lygiavertė paslapties saugojimo prievolė*“. Šios nuostatos

reikšmingumas pasireiškia teisėtumo kriterijumi tvarkant asmens sveikatos duomenis, kadangi tokių duomenų surinkimą ir disponavimą pagal savo nacionalinius įstatymus turi apsaugoti kiekviena valstybė narė.

XXI amžiaus pradžia, spartėjančios technologijos buvo naujas variklis ES pradėti veikti sveikatos srityje, tad vienas iš prioritetų, kurį išsikėlė ES buvo e. sveikatos platformų valstybėse narėse kūrimas. 2000 metais Europos Taryba pradėjo plėtoti iniciatyvą „eEurope 2002“, kurios vienas iš siekių buvo nukreiptas į internetinių svetainių, susijusių su sveikata, kokybės standartų kūrimą. Konkretus tikslas buvo parengti bendrai nustatytą kokybės kriterijų rinkinį, pagal kurį valstybės narės, viešosios ir privačios įstaigos galėtų remtis kurdamos su sveikata susijusių svetainių kokybės iniciatyvas (Commission of the European Communities, Brussels, 2002). Vėlesniais metais ES skyrė daug dėmesio kuriant eEuropos strategiją bei e. sveikatos veiksmų planą, kuris ne kartą buvo atnaujintas papildant jį vis detalesnėmis gairėmis (Europos Komisija. ES Sveikatos programa, 2014).

Kitas aktualus susijęs teisės aktas yra 2000 metais išleista direktyva Nr. 2000/31/EB „dėl kai kurių informacinės visuomenės paslaugų, ypač elektroninės komercijos, teisinių aspektų vidaus rinkoje“ (toliau – **Elektroninės komercijos Direktyva**) (Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2000/31/EB), kurios tikslas yra prisidėti prie tinkamo vidaus rinkos funkcionavimo užtikrinant laisvą informacinės visuomenės paslaugų judėjimą tarp valstybių narių. Pirmiausia pabrėžtina, kad telemedicinos paslaugos patenka po informacinėmis visuomenės paslaugomis, kurių sąvoka apima visas paslaugas, kurios paprastai yra teikiamos už atlygį nuotoliniu būdu paslaugos gavėjo prašymu, naudojant elektroninę įrangą, skirtą duomenims apdoroti (įskaitant skaitmeninį glaudinimą) ir saugoti.

Svarbu sukonkretinti paslaugų teikimo nuotoliniu būdu sąvoką, t.y. kad tai yra toks paslaugų teikimas, kuomet šalys fiziškai nedalyvauja. Įdomu pastebėti, kad Elektroninės komercijos direktyvos rezoliucinėje dalyje yra nurodyta, kad „*veikla, kuri dėl savo pobūdžio negali būti suteikta nuotoliniu būdu arba elektroninėmis priemonėmis, pavyzdžiui, medicininė konsultacija, kai reikia atlikti medicininę paciento apžiūrą, nėra informacinės visuomenės paslaugos*“. Praėjus 20 metų po šios nuostatos priėmimo atsižvelgiant į technologinį progresą ši sąvoka nebėra tiksli. Autorių nuomone, COVID-19 pandemijos akivaizdoje ši nuostata nebetenka aktualumo, kadangi medicininės konsultacijos ir paciento apžiūros potencialiai galėtų būti vykdomos ir nuotoliniu būdu (pavyzdžiui, dermatologo konsultacija, skirta įvertinti odos būklę), todėl kyla klausimas, ar tokios paslaugos neturėtų būti laikomos informacinės visuomenės paslaugomis, kurioms būtų taikoma Elektroninės komercijos direktyva.

2017 m. gegužės 5 d. Europos Parlamentas ir Taryba išleido reglamentą dėl medicinos priemonių 2017/745 (Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas 2017/745). Šiuo reglamentu buvo pakeistas ankstesnis reguliavimas, galiojęs 25 metus. Pabrėžtina, jog esminis naujojo reglamento tikslas buvo patobulinti medicininių prietaisų reguliavimą

taip, kad technologijų pritaikymas medicinos sektoriuje būtų patogesnis, kokybiškesnis ir saugesnis. Verta paminėti ir tai, kad reglamentas apima ir mobiliųjų aplikacijų pritaikymą – nustato reikalavimus, kuriuos turi atitikti aplikacija, jog naujoji technologija būtų leidžiama ir tinkamai pritaikyta Europos rinkai.

Apibendrinant, darytina išvada, kad teisiniai pagrindai telemedicinos egzistavimui bei vystymuisi yra įtvirtinti Europos Sąjungos lygmeniu, nepaisant to, kad kai kurių nuostatų aktualumas dabartiniame kontekste yra abejotinas. Pastebėtina, kad teisinis reglamentavimas bando pasivyti technologijų plėtrą, kurti naujas, inovatyvias taisykles, tačiau atkreiptinas dėmesys, kad vis dėlto telemedicinos teisinis reguliavimas Europos Sąjungos lygmeniu nėra visiškai harmonizuotas, todėl galimai valstybėms narėms kyla daug neaiškumų nacionalinėse sveikatos sistemose dėl telemedicinos pritaikymo.

3. Reguliavimas Lietuvoje bei svarbiausi teisės aktai

Vertinant teisės aktus, kurie reguliuoja telemedicinos paslaugų teikimą Lietuvoje, verta pastebėti, jog, kitaip nei telemedicinos sąvoka, e. sveikatos tema Lietuvoje vyrauja jau kurį laiką. Dar 2007 m. sveikatos ministro įsakymu buvo patvirtinta Lietuvos e. sveikatos 2007–2015 metų plėtros strategija, o 2009 m. E. sveikatos sistemos 2009–2015 metų plėtros programa. Pastebėtina, jog tiek strategija, tiek programa buvo kritikuojamos sveikatos srities specialistų dėl to, kad abiejų dokumentų tekstai dubliavosi, buvo sunkiai suprantami, o sąvokos prieštaravo viena kitai. Vėliau, 2017 m. ir 2018 m. atitinkamai buvo patvirtinta nauja Lietuvos e. sveikatos sistemos 2017–2025 metų plėtros programa bei Lietuvos e. sveikatos sistemos 2018–2025 metų plėtros programos įgyvendinimo priemonių planas. Kitaip tariant, apie e. sveikatą, kaip apie reiškinį, pradėta kalbėti jau prieš keliolika metų, tačiau telemedicinos paslaugos, kaip e. sveikatos sudėtinė dalis, Lietuvoje yra dar ganėtinai mažai nagrinėtas bei apibrėžtas reiškinys palyginus su kitomis valstybėmis (pavyzdžiui, Vokietija), kur telemedicinos sritis yra pakankamai išvystyta. Kalbant apie Lietuvos sistemą, verta paminėti, jog telemedicinos sąvoka pirmą kartą aprašyta 2011 m. rugsėjo 7 d. nutarime Nr. 1057 elektroninės sveikatos paslaugų ir bendradarbiavimo infrastruktūros informacinės sistemos nuostatuose, kur telemedicinos sąvoka buvo apibrėžta taip: „*sveikatinimo paslaugų teikimas nuotoliniu būdu, pasitelkiant informacines ir ryšių technologijas*“. Analizuojant Lietuvos teisės aktus pastebima, jog telemedicina kaip reiškinys vyrauja sveikatos sektorių reguliuojančiuose įstatymuose, tačiau tiesioginio telemedicinos instituto reguliavimo įstatymų lygmeniu Lietuvoje įtvirtinta nėra. Tai reiškia, jog nors telemedicina kaip reiškinys Lietuvoje egzistuoja, tačiau telemedicinos pritaikymo sąlygos reguliuojamos tik poįstatyminiais teisės aktais. Pirmasis atvejis, kai telemedicinos institutą Lietuvoje bandyta reguliuoti buvo 2014 m., Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministro 2014 m. sausio 27 d. įsakymu buvo išleistas Telemedicinos paslaugų teikimo tvarkos aprašas (toliau – **Telemedicinos aprašas**). Šiuo Telemedicinos aprašu buvo įtvirtinta telemedicinos paslaugos

sąvoka „tyrimų, atliktų vienoje asmens sveikatos priežiūros įstaigoje (toliau – **ASPI**), duomenų perdavimas skaitmeniniu būdu (internetu arba skaitmeninėse laikmenose) kitai **ASPI**, šių tyrimų duomenų įvertinimas ir aprašymas bei rezultatų (duomenų aprašymo ir išvadų) persiuntimas šiuos tyrimus atlikusiai **ASPI**“ Telemedicinos apraše įtvirtintos kelios nuostatos, kurias verta apžvelgti. Pirmiausia, paciento duomenų apsaugos užtikrinimas tenka įstaigai, kuri teikia Telemedicinos paslaugas. Toks įtvirtinimas sukelia neaiškumo, kadangi nėra atskiriamos sveikatos įstaigos turinčios sutartį su teritorine ligonių kasa (toliau – **TLK**) ir tokios sutarties neturinčios. Tai yra svarbu, nes sveikatos įstaigos, kurios yra sudariusius sutartį su TLK yra laikomos nacionalinės sveikatos sistemos dalimi ir yra įpareigojamos duomenis teikti ir saugoti per bendrą platformą – Elektroninę sveikatos paslaugų ir bendradarbiavimo infrastruktūros informacinę sistemą (ESPBI IS), kurią administruoja valstybės institucijos, o ne pati įstaiga. Verta paminėti ir tai, jog vienas iš telemedicinos paslaugų teikimą apibrėžiančių aspektų yra paslaugos kokybės reikalavimas (Sveikatos apsaugos ministro įsakymas..., 2014). Čia išryškėja bendra problema, jog nors kokybės reikalavimas yra įtvirtintas, tačiau nėra jokių metodikų, algoritmų, gairių, ar kontrolės mechanizmų, kurie minėtos paslaugos kokybę užtikrintų¹. Antra, šis Telemedicinos aprašas nėra pakankama priemonė, kadangi tai yra tik poįstatyminis teisės aktas, kurį savo ruožtu įgyvendina Lietuvos Respublikos sveikatos priežiūros įstaigų įstatymas (Lietuvos Respublikos sveikatos priežiūros įstatymas, 1996). Autorių nuomone, telemedicinos rinka ir nuotoliniu būdu teikiamos sveikatos priežiūros paslaugos neturėtų būti reguliuojamas tik poįstatyminiais teisės aktais, kadangi toks minimalus reguliavimas neužtikrina tinkamo telemedicinos veikimo Lietuvoje².

Pastebėtina, jog dabartinės pandemijos kontekste Lietuva žengė dar vieną žingsnį telemedicinos reguliavimo srityje. 2020 m. rugpjūčio 11 d. buvo išleistas Skubiosios telemedicinos paslaugų teikimo tvarkos aprašas (toliau – **Aprašas**) ir tai yra pirmasis kartas, kai Lietuvoje telemedicinos paslaugų teikimas pradėtas reguliuoti bent iš dalies. Pirmiausia, Apraše nustatyta skubios telemedicinos paslaugų teikimo tvarka ir reikalavimai šias paslaugas teikiančioms **ASPI**, specialistams, medicinos priemonėms (prietaisams). Taigi, šis Aprašas numato galimybę **ASPI** suteikti skubios telemedicinos paslaugas, kurios šio Aprašas kontekste suprantamos taip „*daugiaprofilines staciona-*

¹ Pavyzdžiui, pacientas turi kelias konsultacijas su specialistu, tačiau vienos iš konsultacijų metu susiduriama su techniniais trikdžiais ir pacientas neišgirsta dalies specialisto žodžių, o tai lemia, jog konsultacijos laikas viršijamas ir atsiranda papildomo apmokėjimo problema, kyla klausimas, ar toks trukdis bus nekokybiškai suteiktos paslaugos atvejis, ar vis tik specialistas neturi atsakyti už technines problemas ir pacientas turi apmokėti papildomą laiką? Taigi, šiai dienai Lietuvos teisės aktuose kokybės kontrolės priemonės nėra įtvirtintos.

² Esamas teisinis neapibrėžtumas lemia ir tai, kad telemedicinos srityje daugiau pažengusios valstybės pritraukia didesnes investicijas į sveikatos sektorių. Taip yra todėl, kad inovacijų pritaikymas medicinoje tokiose valstybėse yra aiškiau sureguliuotas ir geriau pritaikomas, taigi, tokia rinka yra daug patrauklesnė inovacijų kūrėjams.

rines tretinės asmens sveikatos priežiūros paslaugas teikiančios ASPĮ (toliau – konsultuojančioji ASPĮ) C tipo skubiosios medicinos pagalbos skyriuje dirbančio arba konsultuojančio gydytojo (toliau – gydytojas konsultantas) specializuotomis informacinėmis garso ir vaizdo bei elektroninių ryšių priemonėmis teikiama konsultacija kitos ASPĮ (toliau – konsultuojamoji ASPĮ) skubiosios medicinos pagalbos skyriaus gydytojui ir (ar) pacientui“. Trumpai tariant, skubi telemedicinos paslauga yra specializuotų informacinių technologijų panaudojimas suteikiant vieno specialisto konsultaciją kitam arba gydytojui suteikiant konsultaciją pacientui. Šias paslaugas suteikti įpareigotas skubios telemedicinos centras (Aprašo I skyriaus 2.2 punktas). Kalbant apie pačias paslaugas, išskiriamos trys jų rūšys: 1) ASPĮ skubiosios medicinos pagalbos skyriaus gydytojo konsultavimas; 2) paciento būklės vertinimas; 3) informacijos, įskaitant paciento sveikatos duomenis, gautos apie pacientą iš konsultuojamosios ASPĮ, perdavimą ASPĮ, kuriai priklauso skubiosios telemedicinos centras (Aprašo 7.1-7.3 punktas). Tačiau ASPĮ norėdama teikti tokio tipo paslaugas privalo atitikti Aprašo III skyriuje keliamus reikalavimus bei IV skyriuje išdėstytus kokybės reikalavimus. Pavyzdžiui, skubios telemedicinos centre turi būti konsultanto darbo vieta, kurioje yra bent du monitoriai, o skubios telemedicinos centrai gali prašyti bei teikti pagalbą vienas kitam. Kartu, 14 bei 15 punktuose įtvirtina ir duomenų rinkimo bei saugojimo tvarka, kuri privalo būti vykdoma vadovaujantis nurodytais tarptautiniais standartais. Tačiau šiame Apraše išdėstyti reikalavimai nėra pakankamai pagrįsti ir aiškūs. Pavyzdžiui, reikalavimas turėti du monitorius kabinete neatrodo proporcingas, kadangi nėra nurodyta priežastis, kodėl būtina turėti būtent du monitorius ir kokią paskirtį kiekvienas iš jų turi atlikti. Pastebėtina, jog nėra išskirta, kokios yra įstaigos, kurios gali būti ASPĮ subjektai, kitaip nei pavyzdžiui, e. sveikatos sistemoje, kurioje duomenimis turi dalintis ir matyti tik įstaigos turinčios sutartį su TLK. Šiame Apraše apibūdinta, jog įstaigos informacija tarpusavyje dalijasi sudarydamos sutartis, nors nėra aišku, ką konkrečiai ta sutartis turi atspindėti ir tai sukuria tam tikrą neaiškumą. Autorių nuomone, svarbu akcentuoti, jog toks reguliavimas neužtikrina vienodų sąlygų rinkos dalyviams, kadangi vienos sveikatos priežiūros įstaigos, kurios turi sutartį su TLK dalyvauja bendroje e. sveikatos sistemoje, o tokiu būdu gali užtikrinti duomenų perdavimą bei antrosios nuomonės galimybę, o įstaigos neturinčios sutarties su TLK tokios paslaugos užtikrinti negali. Kitaip tariant, jeigu pacientas, kuris lankėsi pas kardiologą ASPĮ, kuri nėra sudariusi sutarties su TLK, vėliau nori kreiptis į kitą įstaigą antrosios nuomonės, tokios gali ir negauti, nes antrasis konsultantas nematys visų reikiamų paciento sveikatos būklės duomenų. ASPĮ gali turėti sutartį su TLK tik tam tikroms paslaugoms, pavyzdžiui, traumatologo konsultacijoms teikti, o kardiologo konsultacijoms sutarties neturėti, tačiau jas teikti kaip mokamas paslaugas. Tokiu būdu užkraunama per didelė našta pacientui, kuris kiekvieną kartą turi aiškintis, ar tokia sutartis sudaryta ar ne, nes kitu atveju gali atsirasti situacijoje, kurioje jau suteikta paslauga kitoje įstaigoje nebus vertinama, nes paprasčiausiai nebus prieinama. Kitaip tariant, nėra aišku, kurie reikalavimai yra esminiai ir kodėl jie yra

būtent tokie. Teigiamai vertintas paties Aprašo atsiradimas, bet tai nekeičia fakto, jog nustatytas reguliavimas yra netikslus ir sudaro perteklinių apribojimų ASPĮ, o tai lemia, jog nuotolinė paslauga gali nepasiekti norimo efektyvumo, kuris yra vienas iš esminių telemedicinos tikslų. Vertinant esamus neapibrėžtumus tampa akivaizdu, jog iki tinkamos telemedicinos pritaikymo sistemos Lietuvoje dar nėra prieita, nors pirmieji žingsniai žengiami būtent COVID-19 pandemijos fone. Autorių nuomone tinkamas sprendimas siekiant reglamentuoti telemedicinos paslaugų teikimą būtų atskiras telemedicinos įstatymas, kuris apimtų skubios telemedicinos paslaugų ir ambulatorinių sveikatos priežiūros paslaugų teikimą, užtikrintų teisinį šios srities aiškumą, kadangi šiuo metu nėra aišku, kurios taisyklės, kokioms įstaigoms yra taikomos, o tai sukuria neaiškumą ne tik sveikatos priežiūros specialistams, bet ir pacientams. Kartu geresnio reguliavimo trūkumas lemia potencialių investicijų į medicinos pramonę praradimą, nes inovacijas kuriančios įmonės renkasi kitas valstybes, kur telemedicinos paslaugų reguliavimas pažengęs labiau.

3.1 Sveikatos priežiūros paslaugas teikiančios įstaigos sąveikoje su teritorinėmis ligonių kasomis

Daugumoje Europos Sąjungos valstybių narių, taip pat ir Lietuvoje, galioja privatomasis sveikatos draudimas, kuris reiškia, kad asmenys, nuolat gyvenantys tos šalies teritorijoje, privalo mokėti privalomojo sveikatos draudimo įmokas. Toks veikimo modelis įtvirtina valstybės pareigą apdraustiesiems asmenims garantuoti nemokamą sveikatos priežiūros pagalbą tiek valstybinėse įstaigose, tiek privačiose įstaigose, kurios yra sudariusios sutartį su teritorinėmis ligonių kasomis. Sveikatos draudimo įstatymo 26 straipsnyje nustatyta, kad apdraustųjų asmens sveikatos priežiūros išlaidos apmokamos vadovaujantis teritorinės ligonių kasos ir sveikatos priežiūros įstaigos sutartimis, išlaidos už vaistinėse išduotus kompensuojamuosius vaistus ir medicinos pagalbos priemones – vadovaujantis teritorinės ligonių kasos ir vaistinių sutartimis (Lietuvos Respublikos Sveikatos draudimo įstatymas, 1996). Pirmiausia, ši nuostata yra ypatinga tuo, kad vertinant ją sisteminiu požiūriu matoma, kad įstatymas reguliuoja ir teisinį tikrumą suteikia tik toms įstaigoms, kurios turi sutartis su TLK. Taigi reikia apžvelgti, kokie yra esminiai skirtumai tarp įstaigų, kurios tokias sutartis turi ir tarp tų, kurios jų neturi ir kokį tai ryšį turi su telemedicinos paslaugomis. Pirma, sutarties turėjimas reiškia, kad praktiniu atveju pacientas atvykęs į įstaigą, kuri neturi sutarties su TLK – negalės pasinaudoti turimu privalomuoju sveikatos draudimu ir už suteiktas paslaugas turės mokėti papildomai. Antras svarbus aspektas yra susijęs su paciento sveikatos duomenimis ir jų perkėlimu į e.sveikatos portalą (Lietuvos Respublikos Sveikatos apsaugos ministro..., 2019). 2019 metais priimtame LR Sveikatos apsaugos ministerijos įsakyme (Lietuvos Respublikos Sveikatos apsaugos ministro..., 2019) yra konkretizuota kaip ir kokie paciento duomenys „gali vaikščioti“ ir tarp kokių subjektų tokie duomenų mainai vyksta

„duomenų mainų posistemė užtikrina duomenų mainus tarp Elektroninės sveikatos paslaugų ir bendradarbiavimo infrastruktūros informacinės sistemos ir kitų e. sveikatos sistemos komponentų“. Aptariamam atveju aktualiausias komponentas – sveikatinimo veiklą vykdančių įstaigų informacinės sistemos. Šiame įsakyme nenurodyta, kad įstaigos, neturinčios sutarties su TLK, privalo mainytis duomenimis per ESPBI IS. Tiek įstatymuose, tiek poįstatyminiuose teisės aktuose kalbant apie duomenų perkėlimą į e.sveikatos portalą minima asmens sveikatos priežiūros įstaigų sąvoka, ir į ją patenka tiek tos įstaigos, kurios turi sutartis su TLK, tiek ir tos, kurios neturi sutarties su TLK. Susidaro situacija, kai paciento teisė gauti savo sveikatos duomenis, įskaitant galimybę gauti savo elektroninių sveikatos duomenų kopijas nėra tinkamai įgyvendinama. TLK sutarties neturinčios įstaigos neturi įstatyminės pareigos saugiai dalintis surinktais paciento sveikatos duomenimis su kitomis įstaigomis, o tai užkerta kelią tinkamam dvigubos nuomonės instituto veikimui³. Straipsnio autoriai mano, kad šiandieninis reguliavimas turėtų pasikeisti ir užtikrinti, kad tiek įstaigos turinčios sutartis su TLK, tiek ir neturinčios, privalėtų keistis paciento sveikatos duomenimis tam, kad būtų užtikrinta pacientų kelti visus paciento sveikatos duomenis, nes tokiu būdu bus užtikrinamos Lietuvos Respublikos pacientų teisių ir žalos sveikatai atlyginimo įstatyme numatytos pacientų teisės gauti kokybiškas sveikatos priežiūros paslaugas (3 straipsnis), teisė pasirinkti sveikatos priežiūros įstaigą ir sveikatos priežiūros specialistą (4 straipsnis), teisė į informaciją (5 straipsnis) ir teisė susipažinti su įrašais savo medicinos dokumentuose (7 straipsnis) (Lietuvos Respublikos pacientų teisių..., 1996).

3.2 Sveikatos priežiūros specialistams taikomos reguliavimo spragos

Šio darbo kontekste aktualu aptarti ir subjektus, galinčius teikti sveikatinimo paslaugas ir tuos, kuriems sveikatinimo paslaugų teikti neleidžiama. Lietuvos Respublikos Sveikatos sistemos įstatymas (toliau – **Sveikatos sistemos įstatymas**) (Lietuvos Respublikos Sveikatos sistemos įstatymas, 1994) nurodo, kad sveikatinimo veikla apima asmens sveikatos priežiūrą, visuomenės sveikatos priežiūrą, papildomąją ir alternatyviąją sveikatos priežiūrą, medicinos priemonių (prietaisų) rinkos subjektų veiklą ir farmacinę veiklą. Kaip minėta aukščiau telemedicinos paslaugų sąvokos ir ją apimančių paslaugų šiuo metu galiojančios Lietuvos teisės aktuose, todėl darytina, prielaida, kad nuotolinės konsultacijos potencialiai gali patekti po sveikatinimo veiklos sąvoką. Sveikatos sistemos įstatymo 16 straipsnis reglamentuoja, kad fiziniai asmenys, norintys įgyti teisę verstis sveikatinimo veikla privalo turėti licenciją (ar pažymėjimą), gaunamą

³ Verta paminėti, jog informaciją, susijusią su covid-19 atveju, net ir įstaigos neturinčios sutarties su TLK privalo įkelti į e. sveikatos sistemą, tačiau toks įpareigojimas kyla iš poįstatyminio teisės akto, kai įstatymas tokios pareigos nenumato.

įstatymų numatytu būdu. Taip pat licencijuojami yra juridiniai asmenys, įmonės, įstaigos pagal Vyriausybės nustatytą tvarką. Šio straipsnio 7 dalyje nurodoma, kad „fiziniai asmenys, kurie nėra sveikatos priežiūros specialistai ar neatitinka sveikatos apsaugos ministro nustatytų reikalavimų, neturi teisės verstis sveikatinimo veikla.“. Todėl svarbu atskirti, kokie asmenys šiuo metu nėra laikomi sveikatos priežiūros specialistais. Asmens sveikatos priežiūros specialistai, vykdanys asmens sveikatos priežiūros veiklą, įvardyti Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministro 1999 m. vasario 5 d. įsakyme Nr. 61 „Dėl Asmens sveikatos priežiūros veiklos rūšių sąrašo patvirtinimo“. Tačiau ne visi asmens sveikatos priežiūros specialistai yra licencijuojami (Lietuvos Respublikos Sveikatos apsaugos ministerija, 2020). Būtent įstatyminiu reguliavimu nėra reglamentuota šių asmenų sveikatinimo veikla: kineziterapeutų, ergoterapeutų, masažuotojų, dietistų, medicinos psichologų, medicinos biologų, medicinos genetikų, biomedicinos technologų, radiologijos technologų, optometrininkų, paramedikų, skubiosios medicinos pagalbos paramedikų, išplėstinės praktikos vaistininkų. Tam, kad būtų galima suprasti nagrinėjamų teisės aktų aktualumą, svarbu atskleisti, kodėl tai yra reikšminga teikiant nuotolines paslaugas, todėl autoriai pateiks iliustruojantį pavyzdį. Medicinos psichologo praktika yra asmens sveikatos priežiūros veiklos rūšis, o viena iš būtinų sąlygų šią veiklą vykdančiam asmens sveikatos priežiūros specialistui – turėti medicinos psichologo spaudo numerį (Medicinos psichologų ir psichologų kompetencijos...,2019), tačiau ne licenciją. Medicinos psichologo veikla yra tam tikroje teisinėje aklavietėje, kadangi nėra reguliavimo, kuris leistų medicinos psichologui konsultuoti pacientus ne asmens sveikatos priežiūros įstaigoje (Dėl Lietuvos medicinos normos...,2018), t.y. jeigu medicinos psichologo spaudu ir parašu patvirtintos rekomendacijos yra parengtos ne asmens sveikatos priežiūros įstaigoje, tai tokios paslaugos nėra laikomos sveikatos paslauga, kas teoriškai galėtų sudaryti pagrindą taikyti administracinę atsakomybę už neteisėtą vertimąsi sveikatinimo veikla (galėtų būti taikoma 600 – 1 140 Eur dydžio bauda) (Medicinos psichologų ir psichologų kompetencijos...,2019). Aiškaus reguliavimo trūkumas suponuoja tokią situaciją, jog medicinos psichologai iš esmės gali teikti paslaugą, nes reguliavimo nebuvimas savaime nereiškia pažeidimo. Tai reiškia, jog jeigu yra užtikrinama paslaugos kokybė⁴, medicinos psichologas gali teikti paslaugą nuotoliniu būdu ir neturėdamas licencijos, nes valstybės pasirinkimas pereinamuoju laikotarpiu iki 2023 m. nelicencijuoti medicinos psichologo ar kito specialisto veiklos nereiškia, jog asmuo vykdo neteisėtą veiklą. Taigi, nors licencijos turėjimas dažnu atveju yra būtinas teisėtos sveikatinimo veiklos vykdymui, tačiau aukščiau nurodyta išimtis reiškia, jog galimi atvejai, kada licencijos nebuvimas neužkerta kelio verstis tam tikra sveikatinimo veikla⁵.

⁴ Kokybiška paslauga, kaip ir minėta anksčiau, privalo būti teikiama tinkamo specialisto, tinkamoje vietoje, t.y., tinkamoje įstaigoje ir tinkamu laiku.

⁵ Galima paminėti, jog tokia situacija nebūtų įmanoma, pavyzdžiui, chirurgo veiklos atveju, kadangi

Išnagrinėjus du svarbius kriterijus: 1) įstaigų teikiančių sveikatos priežiūros paslaugų teisinį statusą ir 2) sveikatos priežiūros specialistų klasifikaciją, nuo kurių priklauso telemedicinos paslaugų vertinimas ir suteikimo galimybės, autoriai daro išvadą, jog dabartinis teisinis reguliavimas yra kritikuotinas, nes pacientas gaudamas paslaugą nuotoliniu būdu ne visais atvejais yra teisiškai apsaugotas. Yra patenkama į teisinį vakuumą, kai santykių tarp paciento ir paslaugos teikėjo neapartas atsakomybės klausimas rizikos atveju, t.y. jeigu pacientas gauna paslaugą iš ASPĮ neturinčios sutarties su TLK, kai ją suteikia sveikatos priežiūros specialistas, kuris pagal dabartinę įstatymo raidę faktiškai negali teikti sveikatinimo paslaugos – pacientas negali prašyti žalos atlyginimo, o paslaugos teikėjas išvengia teisinės atsakomybės.

3.3 Vokietijos praktikos pavyzdys: konkretus ir įgyvendinamas projektas

Šio darbo kontekste svarbu apžvelgti ir kitų šalių praktiką. Sparčiai besivystant ekonomikai ir technologijoms valstybės suvokia, kad reikia modernizuoti rigidišką sveikatos sistemų organizavimą tiek tarptautiniu, tiek nacionaliniu mastu. Valstybės pradeda savarankiškai kurti skaitmeninės sveikatos politiką, rengia pilotinius projektus, o kai kurios iš jų gali pasigirti išgrynintais ir įgyvendinamais planais. Europiniu lyderiu sveikatos bei valstybinės sveikatos sistemos skaitmenizavimo klausimais galėtumėme įvardinti Vokietiją. Tokios sparčios akceleracijos tašku tapo 2019 metais Vokietijos Parlamento priimtas „Skaitmeninės priežiūros įstatymas“ (*angl. „Digital care act“*, toliau – Įstatymas) (*Driving the digital transformation of...*, 2020).

Pirmiausia, šis įstatymas tapo įrankiu atverti naujas galimybes Vokietijai plėsti ne tik valstybinį sveikatos sektorių, bet ir pritraukti privatų verslą. Pirmasis aspektas, kuris yra reguliuojamas šio Įstatymo – elektroniniai paciento sveikatos įrašai. Antras – elektroniniai receptai. Trečiasis reguliuojamas objektas yra nuotolinės konsultacijos su gydytojais. Ketvirtoji sritis ir, autorių nuomone, daugiausiai diskusijų kelianti, tačiau perspektyviausia – telefoninės sveikatos programėlės (*vok. Gesundheits-Anwendungen „DiGA“*, toliau – **Skaitmeninė sveikatos aplikacija**) (*What is Digital Health application...*, 2020), išrašytos pagal gydytojo receptą. Šiame kontekste svarbu priminti, kad skaitmeninės sveikatos programėlės (tam tikrų pojūčių stebėjimas, informacija apie kvėpavimą arba gliukozės kiekį kraujyje ir pan.) jau kurį laiką yra plačiai naudojamos visame pasaulyje, tačiau apie teisinį reguliavimą, kuris šią sritį įgalintų ne tik verslo interesams, bet ir

chirurgui yra numatytas licencijos privalomumas ir, pavyzdžiui, jeigu chirurgas nuspręstų nuotoliniu būdu konsultuoti pacientą, kaip atlikti operaciją, be licencijos, jau būtų galima kalbėti apie neteisėtą sveikatinimo veiklą bei administracinę ar net baudžiamąją atsakomybę. Iš kitos pusės, jeigu kalbame apie masažistą ar kineziterapeutą, kuris nuotoliniu būdu konsultuoja, kaip atlikti masažą, tai licencijos neturėjimas šioje vietoje atsakomybės neužtraukia, nes nėra nustatyta, kad specialisto licencijavimas yra privalomas.

valstybės naudai, yra mažai žinoma, todėl Vokietijos pavyzdys yra inovatyvus ir vertas detalesnio aptarimo.

Svarbu akcentuoti, kad siekiant įtraukti skaitmenines sveikatos aplikacijas į sveikatos sistemą buvo sukurtas „Greitasis kelias“, kurio tikslas – užtikrinti, kad 73 milijonai valstybinių sveikatos draudimų turinčių vokiečių (90 proc. visų gyventojų) galėtų naudotis šiomis sveikatos aplikacijomis (Digital Health: Digital Solutions for...,2020). Taigi, būtina apžvelgti skaitmeninės sveikatos aplikacijos „kelį“, t.y. procesą, per kurį turi nueiti verslas, jog galiausiai aplikacija taptų efektyviai naudojama ir prieinama. Pirmasis žingsnis yra aplikacijos registracija, kuri turi apimti duomenų saugos ir apsaugos, kokybės bei efektyvumo pirminę patikrą. Antra, tikrinama, ar aplikacija ir jos veikimas atitinka standartus numatytus jau minėtame Medicinos prietaisų reglamente (Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas 178/2002) ir atitinkamai, jeigu ši stadija yra praeinama, yra gaunamas sertifikatas, už kurį aplikacijos kūrėjas turi susimokėti. Trečia stadija – suderinimas su Bendruoju duomenų apsaugos reglamentu (Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas 2016/679). „Greitojo kelio“ procese ypatingas vaidmuo tenka Vokietijos Federaliniam narkotikų ir medicinos priemonių institutui (toliau – **Institutas**), kurio pagrindinė funkcija šioje srityje yra tikrinti sveikatos programėlių saugumą, funkcionalumą, kokybę, duomenų apsaugą (What is Digital Health application...,2020).

Skaitmeninėms sveikatos aplikacijoms yra keliami tam tikri reikalavimai (What is the Digital Care act...,2020): 1) pagrindinė aplikacijos funkcija turi būti pagrįsta skaitmeninėmis technologijomis, 2) aplikacija turi palaikyti ligų nustatymą, sveikatos stebėjimą, sveikatos gydymą arba palengvinti ligos eigą, taip pat turėti kompensavimo funkciją (bendradarbiaujant su sveikatos draudimo bendrovėmis), 3) aplikacija turi dalintis pacientas su gydytoju arba pacientas ir paslaugos teikėjas bei 4) pacientas turi aplikaciją naudoti savarankiškai (t.y. be gydytojo įsikišimo į patį programėlės naudojimą). Autorių nuomone, šis aplikacijos įvertinimo reguliavimas turi probleminių aspektų. Suprantama, kad valstybė turi užtikrinti savo piliečių teises, ypač sveikatos sektoriuje, tačiau, kyla klausimas, ar potencialiai negalėtų susidaryti konfliktinių situacijų, kuomet Institutas turėdamas administracinius įgaliojimus nuspręsti, kuri sveikatos programėlė yra tinkama, o kuri ne, sugebės užtikrinti objektyvų ne tik techninių, bet ir vartotojų sąsajos (ang. *user interface*) bei vartotojų patirties (ang. *user experience*) standartų vertinimą. Galima situacija, kuomet du subjektai, kuriantys panašaus turinio programėles bus nevienodai įvertinti, tad kyla klausimas, ar nebus pažeistos konkurencijos teisės normos ir, ar valstybė yra pajėgi užtikrinti subalansuotą tokių sveikatos programėlių vertinimą.

Įdomiausias akcentas, aptariant sveikatos programėlių politiką Vokietijoje – Įstatyme numatyta, jog skaitmeninės sveikatos aplikacijos, jas išrašius gydytojui ir gavus receptą yra laikinai, t.y. vienerius metus, kol Institutas vertina aplikaciją minėtais kriterijais, kompensuojamos privačių sveikatos draudimo bendrovių. Atkreiptinas dėmesys, kad Vokietijoje didžioji dalis asmenų yra draudžiami valstybiniu sveikatos draudimu, o tai atitinkamai reiškia, kad tokio reguliavimo poveikį pajus beveik visi šalies gyventojai.

Šiandieniniame COVID-19 pandemijos kontekste galime išskirti psichinės sveikatos stiprinimo paslaugų poreikį. Pavyzdžiui, psichologas pagal kompetenciją gali įvertinti, ar pacientui užtenka atpalaidavimo pratimų ar meditacijos praktikos siūlančios programėlės, ar jam reikia terapinės konsultacijos su specialistu. Straipsnio autoriai pastebi, jog šis novatoriškas mobiliųjų programėlių reguliavimas (įskaitant ir kompensavimą bendradarbiaujant su privačiom draudimo bendrovėm) reikalauja reikšmingo sveikatos sektoriaus išlaidų perskirstymo, todėl manytina, kad, Lietuva pandeminiu laikotarpiu nebūtų pajėgi taikyti analogiško sprendimo. Manytina, kad tiek ekonominiu, tiek teisiniu požiūriu įvertinus telemedicinos įsitvirtinimui visuomenėje reikalingas išlaidas ir apskaičiavus potencialią naudą, galutiniame rezultate telemedicina, ir būtent tokios priemonės kaip mobiliosios programėlės ar kiti medicininiai prietaisai, ilgalaikeje perspektyvoje turėtų teigiamą investicinę grąžą dėl optimizuojamų sveikatos sistemos organizavimo kaštų, t.y. gydytojų darbo krūvio perskirstymo, mažesnio kiekio fizinių susitikimų rengimo tarp gydytojų ir gydytojų arba gydytojų ir pacientų, spartesnių ir greitesnių konsultacijų, efektyvesnių ligų prevencijos priemonių. Svarbu paminėti telemedicinos vaidmenį privačios medicinos rinkoje ir pažymėti, kad geresnis teisinis reglamentavimas Lietuvoje, remiantis kitų šalių gerąja praktika (aptartas Vokietijos pavyzdys), turėtų ir socio-ekonominę reikšmę, todėl, kad kuriantis naujiems verslams atsirastų naujų darbo vietų ne tik medicininį ar informacinių technologijų išsilavinimą turintiems asmenims, tačiau ir kitų sričių specialistams (teisininkams, vadybininkams, rinkodaros specialistams ir kt.). Apibendrinus Vokietijoje prasidėjusias iniciatyvas ir atkreipus dėmesį į telemedicinos reikalingumą Lietuvoje, autoriai daro išvadą, kad telemedicinos, o ypač naujausių ir visiems prieinamų technologijų tokių kaip sveikatinimo aplikacijos, reguliavimas Lietuvos sveikatos sistemos ateityje yra būtinas, nes tai kuria pridėtinę vertę ir gerina sveikatos priežiūros paslaugų prieinamumą, o tuo pačiu ir sveikatos sistemos kokybę.

4. Telemedicinos rinka ir ateities perspektyvos

Telemedicina teikia didelę naudą dėl jos patogumo bei pritaikymo galimybių spektro ir įgalina subjektus teikti efektyvesnę pagalbą maksimaliam skaičiui pacientų. Vystantis technologijoms ir spartėjant skaitmeninei ekonomikai sveikatos sektorius, o ypač telemedicinos rinka nuolat dėsingai auga. 2012 metais Jungtinės Karalystės nacionalinio transliuotojo mokslinių tyrimų įstaigos tyrimo duomenimis, pasaulio telemedicinos rinka išaugo nuo 9,8 mlrd. USD 2010 m. iki 11,6 mlrd. USD 2011 m., (bendras augimas – 18,6 proc. per metus). Pastarųjų metų rezultatai rodo dar didesnę sektoriaus augimą. Remiantis „Global market insights“ duomenimis (lentelė Nr. 1), telemedicinos rinkos vertė 2019 m. siekė daugiau nei 45 mlrd. USD, o 2026 m. prognozuojama, jog rinkos vertė pasieks daugiau kaip 175 mlrd. USD (Telemedicine Market Share Report...,2020).

Lentelė Nr. 1: Telemedicine Market Report Coverage

Duomenys	Informacija		
Metai	2019	rinkos vertė:	45,5 mlrd. (USD)
Įvertinti duomenys:	2015–2019	progozė:	2020–2026
Prognozuojamas augimas	284 %	2026m. prognozuojama rinkos vertė	175 mlrd. (USD)

Auganti rinkos vertė bei COVID-19 pandemijos metai parodė, kad poreikis gauti kokybiškas nuotolines sveikatos bei sveikatos priežiūros paslaugas bei pacientų įsitraukimo bei nuotolinių paslaugų efektyvumo užtikrinimo didinimas yra tie esminiai veiksniai, kurie lemia, jog vis daugiau valstybių tiek valstybinis, tiek privatus sveikatos priežiūros sektorius telemedicinos sritį vertina kaip transformacinę, galinčią pakeisti sveikatos paslaugų rinką iš esmės.

Šio darbo kontekste svarbu atskirai išskirti Europos vaidmenį telemedicinos rinkoje. Remiantis *Data Bridge Market Research* 2020 metų liepos mėnesio duomenimis Europos Sąjungoje telemedicinos rinkos 2020–2027 metų laikotarpio metinis augimo koeficientas, parodantis realų vidutinį metinį investicijos vertės prieaugį, bus 14,1%, kai tuo tarpu viso pasaulio telemedicinos rinkos metinis augimo koeficientas 22,67%. Lyginant Europos Sąjungos augimą pasauliniame kontekste darytina išvada, kad Europos Sąjungos valstybių narių augimas yra šiek tiek lėtesnis, tačiau tai, autorių nuomone, yra paaiškinama tuo, kad Europos valstybės turi 1) skirtingą sveikatos paslaugų reguliacinę sistemą ir 2) skirtingą sveikatos draudimo politiką. Pažymėtina ir tai, kad rinkos augimas nėra tolygus investicijų augimui, todėl autoriai laikosi pozicijos, kad norint, jog Europos Sąjungos vaidmuo telemedicinos srityje sustiprėtų, kiekviena ES valstybė narė turėtų inicijuoti pokyčius sveikatos paslaugų teikimo reguliacinėje aplinkoje siekdama sudaryti palankesnes sąlygas privačioms investicijoms, kurios, pasirinkus tinkamą strategiją, būtų efektyviai išnaudotos auginant rinką.

Įdomiausia telemedicinos sritis, autorių nuomone, yra mobiliosios sveikatos programėlės, kurių šiuo metu yra daugiau nei 500 tūkstančių, ir visomis jomis gali naudotis ir vartotojai Lietuvoje. 2020 m. pabaigoje žiniasklaidoje pasirodė informacija apie naujai kuriamą lietuvišką informacinių technologijų sveikatos srityje startuolį pavadinimu „Fleming“ (toliau - **Startuolis**), kurio vykdomas medicininio dirbtinio intelekto projektas gavo 1 310 030 eurų finansavimą iš Europos regioninės plėtros sąjungos fondo (Startuolis, ketinantis pakeisti Lietuvos sveikatos..., 2020). Nors šis Startuolis yra tik kūrimosi stadijoje ir galutinis produktas rinką turėtų pasiekti tik 2022 metų pabaigoje, tačiau verta aptarti tokio verslo technologinę viziją. Pirmiausia, šis Startuolis siūlys visą parą veikiantį virtualų asistentą (dirbtinio intelekto pagrindu veikianti simptomų diagnostika), kurio esmė – surinkti informaciją apie paciento jaučiamus simptomus ir

suformuluoti ikimedicininę diagnozę ir atitinkamai jį informuoti, pas kokius specialistus, turint tokią diagnozę, reiktų kreiptis. Antrasis siūlomas produktas – medicininė duomenų bazė, kurioje vartotojai ras informaciją apie ligos priežastis, simptomus ir gydymo būdus (Fleming. Pagrindinis→ produktai→ medicininė duomenų..., 2020). Autorių nuomone, šio produkto potencialas yra svarstytinas, kadangi pacientai ir šiuo metu gali susirasti pakankamai nemažai informacijos apie ligas, o tokios medicininės bazės kūrimas reikalauja tiek finansinių, tiek žmogiškųjų išteklių, todėl kyla klausimas, ar tokio produkto realizavimas atneštų realią naudą. Tačiau autoriai pažymi, kad jeigu Startuolis visą surinktą ir patikrintą informaciją pateiktų kitokia, novatoriška forma, kuri daugumai vartotojų atrodytų patrauklesnė, tokiu atveju, toks produktas taptų plačiai naudotinas ir reikalingas Lietuvos telemedicinos rinkoje. Startuolis taip pat siūlys tokius produktus kaip internetinė platforma medikams, kuri sukurs galimybę konsultuoti pacientus tiek nuotolinių vaizdo konsultacijų, tiek žinučių pagalba, taip pat išrašyti elektroninius receptus bei užtikrins kokybišką komunikaciją tarp gydytojų ir pacientų, leis pacientams matyti savo vartojamų vaistų istoriją ir užsakyti juos į namus.

Kita, į Lietuvos rinką jau įžengusi, telemedicinos srities mobilioji programėlė – 2018 metais Estijoje įkurta tarptautinė bendrovė „Viveo Health“. Be nuotolinių konsultacijų, komunikacijos užtikrinimo tarp gydytojo ir paciento, „Viveo Health“ yra išskirtinė tuo, jog siūlo ypatingą pasiūlymą įmonėms – sveikatos draudimo paslaugą, kurios metu įmonė gali pasirinkti planą ir įmonės darbuotojai bet kada gali naudotis Viveo Health suteikiamomis paslaugomis (pavyzdžiui nuotolinėmis konsultacijomis, greitam laboratorinių tyrimų atlikimui ir kt.). Viveo Health bendradarbiauja su draudimo bendrove „If“ (toliau – **Bendrovė**), tai reiškia, kad už išlaidas dėl apdrausto darbuotojo konsultacijų ir gydymo padengs Bendrovė. Aukščiau aptartų teisinių neapibrėžtumų kontekste pastebėtina, kad jeigu Lietuvoje ateityje bus svarstomas klausimas dėl tokių telemedicinos įrenginių kompensavimo iš privalomojo sveikatos draudimo fondo lėšų, tai įmonės turės galimybę įsivertinti, ar jų teikiamiems produktams tikslinga patekti po nacionalinės sveikatos sistemos reguliavimu, su tuo išplaukiančiomis galimybės naudotis ESPBI IS infrastruktūra ir pareigomis užtikrinti griežtai reglamentuojamą paslaugų kokybę ir atlyginti potencialą žalą pacientui, ar veikti už sveikatos priežiūros paslaugoms taikomų reguliavimo ribų. Šių alternatyvų teisinė analizė galėtų būti tolesnių mokslinių tyrimų objektas.

Įvertinus augančią telemedicinos paslaugų rinką ir Lietuvoje vyraujančią situaciją, darytina išvada, kad nors tarptautiniu mastu telemedicina yra labai populiari sritis, tačiau Lietuvoje, galimai dėl neaiškaus teisinio reglamentavimo, iniciatyvų kurti ir vystyti telemedicinos paslaugas ir produktus tiek iš viešojo, tiek iš privataus sektoriaus yra mažai.

Išvados

1. 2020 metais prasidėjusi COVID-19 pandemija parodė, kad telemedicina yra globalios sveikatos sistemos variklis, transformuojantis tiek tarptautinį, tiek nacionalinius požiūrius į sveikatos sektorių ir įgalinantis skaitmenizacijos spartėjimą šioje srityje.
2. Telemedicinos istorinis kontekstas ir sparti rinkos plėtra rodo, jog dabartinis telemedicinos reguliavimas Lietuvoje išlieka nenuoseklus ir fragmentuotas.
3. Lietuvos teisei sistemai reikalingas aiškus teisinis telemedicinos paslaugų reglamentavimas, kuris savo taikymo apimtimi būtų nukreiptas ne tik į subjektus, kurie yra nacionalinės sveikatos sistemos dalis, tačiau ir į privataus sektoriaus dalyvius.
4. Lietuvoje galiojantis sveikatos sistemos reguliavimas nėra pakankamas apibrėžiant, kas atsitinka su paciento duomenimis, kai jie yra surenkami nuotoliniu būdu, panaudojant informacines technologijas, ir kaip tokie duomenys yra saugomi.
5. Sveikatos paslaugų teikimas nuotoliniu būdu Lietuvoje nėra tinkamai reglamentuotas ir sukuria neapibrėžtumo situaciją, kuri nėra palanki pacientui ir neužtikrina paciento duomenų saugumo bei sveikatos paslaugų kokybės, kai paslauga yra suteikiama nuotoliniu būdu.

Literatūra

Norminiai teisės aktai

Europos Sąjungos teisės aktai

1. Europos Parlamento ir Tarybos 1995 m. spalio 24 d. direktyva 1995/46/EB dėl asmenų apsaugos tvarkant asmens duomenis ir dėl laisvo tokių duomenų judėjimo. OL L 281, p.1.
2. Europos Parlamento ir Tarybos 2000 m. birželio 8 d. direktyva 2000/31/EB dėl kai kurių informacinės visuomenės paslaugų, ypač elektroninės komercijos, teisinių aspektų vidaus rinkoje. OL L 178, p. 1
3. Europos Parlamento ir Tarybos 2016 m. balandžio 27 d. reglamentas 2016/679 dėl fizinių asmenų apsaugos tvarkant asmens duomenis ir dėl laisvo tokių duomenų judėjimo ir kuriuo panaikinama Direktyva 95/46/EB (Bendrasis duomenų apsaugos reglamentas). OL L 119, p.1
4. Europos Parlamento ir Tarybos 2017 m. balandžio 5 d. reglamentas dėl medicinos priemonių, kuriuo iš dalies keičiama Direktyva 2001/83/EB, Reglamentas (EB) Nr. 178/2002 ir Reglamentas (EB) Nr. 1223/2009, ir kuriuo panaikinamos Tarybos direktyvos 90/385/EEB ir 93/42/EEB. OL L 117, p. 1

Lietuvos Respublikos teisės aktai

1. Lietuvos Respublikos Sveikatos sistemos įstatymas (1994). *Valstybės žinios*, Nr. 63-1231.
2. Lietuvos Respublikos Sveikatos draudimo įstatymas (1996). *Valstybės žinios*, Nr. 55-1287.
3. Lietuvos Respublikos Sveikatos priežiūros įstaigų įstatymas (1996). *Valstybės žinios*, Nr. 66-1572.
4. Lietuvos Respublikos pacientų teisių ir žalos sveikatai atlyginimo įstatymas (1996). *Valstybės žinios*, Nr. 102-2317.
5. Lietuvos Respublikos Sveikatos apsaugos ministro 2014 m. sausio 27 d. įsakymas Nr. V-116 „Dėl Telemedicinos paslaugų teikimo tvarkos aprašo patvirtinimo“. TAR, 684.
6. Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministerija 2018 m. birželio 1 d. įsakymas Nr. V-627 „Dėl Lietuvos medicinos normos MN 162:2018 „Medicinos psichologas“ patvirtinimo“. TAR, 8957.
7. Lietuvos Respublikos Sveikatos apsaugos ministro 2019 m. spalio 10 d. įsakymas Nr. V-1119 „Dėl Lietuvos e. sveikatos sistemos funkcinės, techninės ir programinės įrangos architektūros modelio patvirtinimo“. TAR, 15671.
8. Lietuvos Respublikos Sveikatos apsaugos ministerija 2020 m. birželio 2 d. AIŠKINAMASIS RAŠTAS Nr. XIIIIP-4918 „dėl įstatymų projektų Reg. Nr. XIIIIP-4918- XIIIIP-4920“.

Specialioji literatūra

1. Griškevičius J., Kizlaitis R., (2012). *Informacinės sistemos medicinoje*. Mokomoji knyga. Vilnius: Technika.

Kita literatūra

1. BNS Spaudos centras. Startuolis, ketinantis pakeisti Lietuvos sveikatos priežiūros sistemą [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://sc.bns.lt/view/item/363175> [žiūrėta 2021-02-19].
2. Commission of the European Communities, Brussels (2002). eEurope 2002: Quality Criteria for Health Related Websites. *Journal of medical Internet research*, 4(3), E15. [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1761945/> [žiūrėta 2021-01-19]
3. Chino.io. What is the Digital Care act (DVG) [intereaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.chino.io/blog/what-is-the-digital-care-act-dvg/> [žiūrėta 2020-01-13].
4. Europos Komisija. ES Sveikatos programa [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/health/funding/programme_lt [žiūrėta 2021-01-21].
5. Federal Ministry of Health (December 3rd 2019) Driving the digital transformation of Germany's healthcare system for the good of patients [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/digital-healthcare-act.html> [žiūrėta 2021-01-21].
6. Federal Institute of Drugs and Medical Devices. What is Digital Health application (DiGA) [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://www.bfarm.de/EN/MedicalDevices/DiGA/_node.html [žiūrėta 2021-01-21].

7. Fleming. Pagrindinis→ produktai→ medicininė duomenų bazė. [interaktyvus].Prieiga per internetą: <https://fleming.app/lt/produktai> [žiūrėta 2020-02-19].
8. Germany Trade and Invest. Digital Health: Digital Solutions for Today's Health Care Challenges [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.gtai.de/gtai-en/invest/industries/life-sciences/digital-health-64408> [žiūrėta 2020-02-19].
9. Global market insights. Telemedicine Market Share Report| Global 2020-2026 Industry Data. [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.gminsights.com/industry-analysis/telemedicine-market> [žiūrėta 2020-02-19].
10. Vaspvt.gov.lt. Medicinos psichologų ir psichologų kompetencijos [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://vaspvt.gov.lt/node/1336> [žiūrėta 2020-02-19].
11. World Health Organization, „Telemedicine Opportunities and Developments in Member States“, 2010, p. 9, [interaktyvus]. Prieiga per internetą: http://www.who.int/goe/publications/goe_telemedicine_2010.pdf [žiūrėta 2021-01-21]
12. Wurm EM, Hofmann-Wellenhof R, Wurm R, Soyer HP. *Telemedicine and teledermatology: past, present and future* J Dtsch Dermatol Ges. 2007 Nov 14 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18005076> >. [žiūrėta 2021-01-03]

TELEMEDICINA: PROBLEMINIAI (NE)REGULIAVIMO ASPEKTAI IR ATEITIES PERSPEKTYVOS

Santrauka

Darbe „Telemedicina: (ne)reguliavimo aspektai ir ateities perspektyvos“, aptariamos telemedicinos rinkos augimo tendencijos bei istorinė raida. Pristatomas šios srities tarptautinio lygmens reguliavimas bei Lietuvos Respublikos nacionalinio lygmens reguliavimo probleminiai aspektai. Kartu, darbe analizuojama geroji telemedicinos srities reguliavimo praktika (Vokietijos telemedicinos sistemos pavyzdys ir analizė).

Darbe pabrėžiama, jog skaitmenizacija neišvengiamai paliečia daugumą sektorių, neišimtis yra ir sveikatos sektorius. Taigi, tinkamas reguliavimas bei telemedicinos sektoriaus sukūrimas gali sveikatos paslaugą paversti patogesne, pigesne bei kokybiškesne, o tai naudinga pacientams, specialistams bei sveikatos paslaugas teikiančioms įstaigoms.

TELEMEDICINE: PROBLEMATIC (NON) REGULATION ASPECTS AND FUTURE PERSPECTIVES

Summary

The article “Telemedicine: (non) regulatory aspects and future perspectives“ discusses the growth trends and historical development of the telemedicine as a market. Authors talk over the international regulation in this field and the problematic aspects

of the national regulation in the Republic of Lithuania. In addition, the paper analyzes exemplary practice in the field of telemedicine. More specifically, the article analyzes the German telemedicine system.

The paper emphasizes that digitalization inevitable affect on most sectors, with no exception of the healthcare sector. Thus, the development of a proper regulatory and telemedicine sector can be beneficial to healthcare service, that can lead to be more user-friendly, low-cost and higher-quality, which is useful to patients, professionals and healthcare providers.

RESTRICTIONS DURING PANDEMIC: JUSTIFIED BUT IS IT LAWFUL?

Andra Mažrimaitė, Vytautas Pasvenskas

Vilnius University, Faculty of Law 4th year students

Saulėtekio av. 9, I block, 10222 Vilnius

E-mail: andramazrimaite@gmail.com, vytautas.pasvenskas@gmail.com

Academic curator of the scientific article Karolina Mickutė

E-mail karolina.mickute@tf.vu.lt

Practical curator of the scientific article Vytautas Mizaras

E-mail vytautas.mizaras@tf.vu.lt

Summary. *The article analyses if restrictions on business during the quarantines were proportionate and legitimate. The authors of this article argue that the forced closure of businesses during quarantine in its essence resembles the institute of taking private property ownership rights for public needs rather than restricting the freedom of economic activity because activities have been suspended entirely instead of merely being subject to certain operational restrictions. Such restrictions may be imposed only in exceptional cases and in the form of a law. It would be in line to consider proportionate compensations for businesses' losses due to forcible closure from the State.*

Keywords: COVID-19; quarantine; Constitutional law; private property; freedom of economic activity; ECHR.

Santrauka. *Straipsnyje analizuojama, ar apribojimai verslui karantino metu buvo proporcingi ir teisėti. Šio straipsnio autoriai teigia, kad priverstinis verslo uždarymas karantino metu turi būti traktuojamas kaip nuosavybės paėmimas visuomenės poreikiams, o ne ekonominės veiklos laisvės ribojimas, nes veikla visiškai sustabdyta. Tokie ribojimai gali būti įvedami tik išimtiniais atvejais, įstatymo pagrindu, o Lietuvos Vyriausybė turi proporcingai atlyginti nuostolius įmonėms dėl priverstinio uždarymo.*

Raktiniai žodžiai: COVID-19; karantinas; konstitucinė teisė; privati nuosavybė; ūkinės veiklos laisvė; EŽTK.

Introduction

*“Success is not final; failure is not fatal:
it is the courage to continue that counts.”* – Winston Churchill

In December 2019, the news reached the world – the COVID-19 virus had already spread from China to Europe, Lithuania being no exception. Accordingly, quarantine was imposed in Lithuania twice: the first one in spring (March – June); the second started in November and it still remains. When public authorities began deliberating the necessary measures to tame this virus's spread, there were many approaches to doing it correctly and which sectors should be restricted or prohibited from operating. There was no common practice among other countries and each one made the seemingly appropriate solutions for it. Both the legislature and the executive bodies have adopted several pieces of legislation and amendments to them, including the introduction of quarantine, suspension of some sectors' operations, which have affected natural and legal persons alike. Moreover, specific sectors of the economy, such as international tourism, beauty service providers, caterers and others, have largely ceased to operate. Indirectly internal tourism has also come to a halt as movement between municipalities was prohibited.

By its resolution, the Republic of Lithuania (hereinafter – **the Government**) (Resolution No. 207 Declaring Quarantine on the Territory of the Republic of Lithuania, 2020) announced a state-wide quarantine on March 14, 2020. This resolution was based on Article 21 of the Law on the Prevention and Control of Communicable Diseases of Humans (hereinafter – **the Law on Diseases**). Under this law, the purpose of quarantine “is to establish special procedures for the work, living, rest, travel, economic and other activities of persons, procedures for the production of products, their sale, the supply of drinking water, and provision of services, thereby limiting the spread of communicable diseases”. It must be noted that the quarantine required certain services to be closed down completely. The Republic of Lithuania's Constitution (hereinafter – **The Constitution**) establishes fundamental human rights and the possible grounds for their restriction. One may raise the question as to whether fundamental human rights should have absolute primacy against the protection of health, under what particular conditions absolute suspension of economic activity may be justified.

It must also be borne in mind that the introduction of the emergency and quarantine restrictions in Lithuania restricted the right of movement of persons and economic operators' rights in the market, due to which they suffered significant losses and restrictions. The ongoing litigation processes on the legitimacy of imposing quarantine in Lithuania and the intentions of suing the State for damages due to the allegedly unlawful quarantine suggests that there is no concrete answer as to whether such restric-

tions were imposed correctly and whether such conditions were in fact proportionate. Economic entities, the legal entity, are treated as privately owned entities. In this case, Article 1 of Protocol No. 1 of The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter – **ECHR**) (Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1952) guarantees the human right to the protection of property, the limitations of which must be justified and substantiated.

The purpose of the article – to determine whether the restrictions imposed on businesses during quarantine are lawful and proportionate. The tasks are as follows:

1. To determine if the implementation of quarantine in Lithuania is legitimate.
2. To define the concepts of freedom of economic activity at international and national levels and their limitations.
3. To determine if quarantine measures on businesses were proportional.
4. To assess the adequacy of compensations.

The object of the research – legal documents that establish quarantine restrictions on economic activity.

The article is **relevant** since Lithuania is still tackling the pandemic and specialists have warned about a third wave. Society and businesses are still unable to return to their former lives, so it is crucial to assess the actions already taken by the Government and to anticipate the most appropriate solutions for businesses in order to strike a balance between the economy and the protection of human health for the pandemics yet to come.

The following **methods** are applied when conducting the research: **comparative analysis** helped to understand different positions on quarantine and restrictions; **legal document analysis** was applied to get insight on the grounds of restrictions and compensations for the restrictions and their content, the method was also involved in analysing laws of both national and international law; **Systemic analysis** was applied when evaluating the case law of the European Court of Human Rights (hereinafter – **ECtHR**), the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (hereinafter also referred to as the **Lithuanian Constitutional Court or Constitutional Court**) and the Constitutional Court of the Republic of Austria, content of the provisions of international instruments, and their importance and relation in the context of deviations from obligations; **empirical analysis of case-law** was applied in order to better comprehend the concept of and the grounds of restricting the protection of private property, the freedom of economic activity under the case law of the Lithuanian Constitutional Court and the ECtHR; **the linguistic method** was applied in order to evaluate the relevant terms applicable to the research, to systematically interpret them; the **expert method** was used by conducting a **structured expert interview (Annex 1)** with Mr. Mark Adam Harold who is the chairman of the Vilnius Night Alliance that unites the city's leading clubs, pubs and night

clubs who were directly subject to quarantine restrictions. The expert gave insight into the Vilnius city Municipality's means of aiding the sector affected and communicating with the Government in with SMEs.

The research analyses the works of authoritative legal scholars in term of protecting the freedom of economic activity and the protection of private property in the context of quarantine. Any authoritative legal scholars have not yet analysed the research object, neither in Lithuania nor at the EU or international level. The study analyses the case-law of EU countries regarding quarantine and the case-law of the ECtHR. The Vilnius Night Alliance's structured interview also provides significant insight regarding the proportionality and legitimacy of the measures applied.

1. Grounds for the establishment of quarantine in Lithuania

The onset of an unmanageable situation in the world has had eternal consequences in all countries – for the first time in the modern world. A “global emergency” has been declared (Birmontienė, Miliuvienė, 2020, p. 8), to which the global society and legal community have never been prepared. Although different special regimes have been introduced in some countries, with some countries declaring a state of emergency (Romania, Portugal) and others adopting special COVID-19 laws (France, the United Kingdom, the Netherlands, etc.) (Conference Legal Challenges of the COVID-19 Pandemic: Preparing for the Future and Assessing the Mistakes Made, 2021) all these regimes pose a significant challenge to democracy, fundamental human rights, the protection of liberties, and the rule of law.

On February 26, 2020, the Lithuanian Government introduced a state-wide emergency by a resolution (Resolution No. 152 Declaring a State of National Emergency, 2020). When COVID-19 spread was declared a global pandemic (World Health Organization, 2020), the Government announced the third (full readiness) level of civil protection system readiness and quarantine covering the entire State and established specific restrictions on Constitutional human rights and freedoms (Resolution No. 207 Declaring Quarantine on the Territory of the Republic of Lithuania, 2020) (hereinafter – **Resolution No. 207**).

Following the end of the first quarantine in June 2020, the Government re-announced the quarantine in November (Resolution No. 1226 Declaring Quarantine on the Republic of Lithuania's Territory 2020). Many legal scholars have raised the question of whether the quarantine was commissioned legally, given that any restrictions of economic activity should be decided by the Parliament as Constitutional law requires (see following chapter).

The Constitutional principles of the rule of law and the division of powers presuppose that the regulation of such special legal regimes strikes a balance between the powers

granted to the executive authority to effectively combat the consequences of a special situation and the abuse of powers conferred on them by the executive authorities (Gross, Ní Aoláin, 2006, p. 63). The principles of both democracy and good governance must be maintained. Even in such an unprecedented situation, its uniqueness must be reconciled with fundamental, unchanging values and human rights protection.

Lithuania's Constitutional jurisprudence states that imposing extraordinary measures must be limited in time, clearly worded and comply with the requirement of proportionality. It should be mentioned that the Constitutional jurisprudence also formulates the doctrine of a particular situation in the event of a challenging economic and financial crisis in the State. They may be limited to the extent necessary to ensure the vital public interest, to protect other constitutional values (Rulings of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of February 6 2012, May 14 2015). Thus the pursuit of preserving human and public health and ensuring the best possible protection of them is a precondition for ensuring other vital Constitutional human rights and freedoms (Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of May 16 2013).

The Constitution (Constitution of the Republic of Lithuania, 1992) states that two types of particular legal regimes may be introduced that would impose restrictions on specific human rights and freedoms: Article 142 of the Constitution regulates the State of war and Article 144 of the Constitution regulates the State of emergency. However, none of these grounds were applied since the quarantine was based on other laws (Resolution No. 113 Declaring a State of National Emergency, 2020). Thus, the Government relied on the State of emergency to adopt restrictions on Constitutional rights and freedoms. Such limits are legally impossible since they do not follow the Constitution and Constitutional jurisprudence.

The introduction of such a measure must consider the essence and the form of the document based on which such treatment is adopted. According to the classical constitutional doctrine of restriction of human rights and freedoms, one of the conditions for the lawful limitation of human rights and freedoms is that such restrictions can be established only by law. This is also *expressis verbis* enshrined in the Constitution according to which the relevant right or freedom may be restricted on the basis of the protection of public health. Consequently, regardless of the legal regime chosen (emergency, other special legal regimes, emergency, quarantine, etc.), the Seimas should be the primary institution that decides that the introduction of such a regime at the state level is necessary and what human rights and restrictions on freedoms must be established in the event of a threat to a constitutional value, such as public health (Birmontienė, Miliuvienė, 2006, p.10). Thus, it may be discussed that the Government acted *ultra vires* and disregarded the rules enshrined in the Constitution since restrictions were imposed by a secondary legal act and not a law.

The Government adopted the resolution based on the Law on Civil Protection (2009) and the Law on Diseases (2011). Yet, the provisions allowing to the declaration of a state of emergency and quarantine should be deemed unconstitutional. They do not establish a mechanism of the Parliament to revise the measures.

The Government cannot act *ultra vires* in issuing its acts; it must abide by the Constitution and the laws. If the Government did not observe the regulations, the constitutional principle of a state under the rule of law that presupposes a hierarchy of legal acts and division of powers would be denied (Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of May 23 2007).

According to ex-judge of the Constitutional Court and professor of Faculty of Law, Vilnius University Egidijus Šileikis, these actions pose a severe threat to the whole hierarchy of legal acts which is enshrined in the Constitution (Conference Legal Challenges of the COVID-19 Pandemic: Preparing for the Future and Assessing the Mistakes Made, 2021). Thus all of the imposed restrictions should be approved by the Parliament. This would act as an effective preventive measure against possible future lawsuits against the State (Nekrošius, 2020). Such negligence of human rights and freedoms, the Constitution and the whole legal order, can lead to a serious legal crisis. To restore the situation, politicians ought to implement the law for quarantine and state emergency.

2. The concept of freedom of economic activity and ground for its limitations

Since there was no common strategy of taming the pandemic, some opted for extremely strict measures and declared a state of emergency. Others applied more lenient regimes (Lebret,

2020). However, in all cases, restrictions on rights and freedoms were introduced, which in many countries were regarded as the most stringent since the Second World War (European Parliament report, 2020). Freedom of economic activity is enshrined in many European democracies' constitutions and is closely linked to one of the classics, universally recognized rights to property (Birmontienė, 2010, p. 12). Freedom and initiative of a person's economic activity is a set of legal possibilities that create preconditions for a person to make decisions necessary for his or her economic activity independently. This freedom of a person may also be connected with a certain activity of the State in the economy by state institutions regulating the processes of economic activity in a certain way to guarantee this personal freedom (Vasarienė, 2020, p. 80). During the quarantine, businesses have suffered losses and harsh restrictions. Thus it is essential to define what the freedom of economic activity is, what protects private property and how it is regulated by Lithuanian law and relevant international legal acts.

2.1. The concept of freedom of economic activity according to the Constitution of the Republic of Lithuania

The right of private property, the freedom of economic activity and initiative are interrelated and cannot be separated (Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of May 13 2005). The Constitutional Court holds that the freedom of economic activity of a person to increase interest in loans is declared as exercising one's property rights and emphasizes the integral connection of the freedom of economic movement with property rights. The Court also states that a fundamental role is assigned to private property – one of the fundamental values on which the economy of the nation is based (Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of October 27 1998) and that a person's constitutional right to property is an essential condition for the exercise of a person's economic freedom and that restricting a person's right to property also restricts a person's freedom of economic activity (Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of March 14 2002).

The Constitutional Court holds that when regulating economic activity, the State must observe the principle of coordination of personal and public interests, ensure the interests of both a private person (economic activity entity) and the public are respected, and no claim should be given automatic primacy against another (e.g., Rulings of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of April 9 2002, January 26 2004).

2.2. Possibilities of Constitutional right restrictions

Freedom and initiative of a person's economic activity is a set of legal possibilities that create preconditions for a person to make decisions necessary for his/her economic activity independently (Vasarienė, 2020, p. 80).

In its ruling of March 31, 1994, the Constitutional Court held that when a person participates in economic activities, it may be subject to special restrictions if they are:

- 1) established by law;
- 2) necessary in a democratic society to protect the rights and freedoms of other persons and the values enshrined in the Constitution, as well as constitutionally important goals; 3) they do not deny the nature and essence of rights and freedoms; 4) the principle of constitutional proportionality is observed as one of the elements of the constitutional principle of a state under the rule of law. It also means that the restrictions must comply with legitimate and important goals, and they should not go beyond what is necessary to achieve those goals. The restriction must be reasonable, adequate to the objective pursued, non-discriminatory (Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of May 13, 2005). It is essential to bear these conditions in mind. During the quarantines in Lithuania, restrictions were implemented without a transparent system of

compensating losses resulting from forced closure and their proportionality was never reviewed. Moreover, this kind of regulation must be implemented by law. However, quarantines were imposed without law but by resolutions.

These principles formulated by the Constitutional Court were based on the doctrine of restriction of human rights developed by the ECtHR.

As for implementing these principles in practice, restrictions on the freedom of economic activity must be established by law. There is no reason to state unequivocally that the Government's Resolution No. 207 based regulations for individual entities of commercial, economic activity complied with the requirement of legality. After assessing said resolution, the Law on Civil Protection and the Law on Diseases in force at the time of the resolution's adoption, the authors deem that these laws did not explicitly provide the Government with the discretion to impose restrictions on economic activities, such changes were made only later – on March 31, 2020, the Law Amending Articles 2, 8, 9, 18, 21 and 36 of the Law on Diseases No. I-1553 was adopted, supplementing Article 21. It sets out in clear terms and directly the restrictions on the freedom of movement of a person and economic activity freedom. It should also be mentioned that a similar situation arose with the provision of Article 8 of the Law on Civil Protection, the content of which was changed by supplementing and reorganizing it to establish the possibility of restricting the freedom of economic activity. The new wording of the amendment to Article 8 of the Law on Civil Protection, adopted after the quarantine was established, provided that in carrying out rescue, search and emergency works, liquidation of an event, emergency and elimination of their consequences in the cases and following the procedure established by this and other laws, the freedom of movement of a person, the rights of ownership and inviolability of housing may be temporarily restricted. In the event of a state emergency – the freedom of economic activity and the provision of public and administrative services may also be restricted.

This leads to the assumption that the declarations of quarantine at the time of their entry into force were not entirely legally appropriate. The Government was granted such a right only after adopting amendments and additions to the articles mentioned above that established the Government's discretion to restrict economic activities (Vasarienė, 2020, p. 87). This only confirms that the Government did not give proper consideration to actions, restrictions, adopted prohibitions, and only later thought that such bans were not possible following the legal norms and general principles of law in force at that time. In this case, we could compare it to the *fruit of the poisonous tree* doctrine stating that law does not come from lawlessness. It must also be observed that amendments do not have a retroactive effect meaning that the first quarantine was unsubstantiated. In essence, the quarantine measures under the Government's Resolution are restrictions of economic activity and property rights, both of which may only be restricted by laws enacted by the Parliament.

E. Šileikis confirms that the question arises whether, in addition to the possible violation of the principle of proportionality, the constitutional principle of equality of persons has not been violated (and even continues to be violated), when some economic activities are subject to stricter restrictions than others, such as, in principle, no restrictions on banks or grocery stores, allowing for a full range of services. However, catering establishments are subject to very strict operating rules (Šileikis, 2020).

Thus, the principle of proportionality may be infringed where, while protecting one constitutional value (human and public health), another equivalent constitutional value is restricted or denied to an unreasonable extent (Vasarienė, 2020, p. 81).

2.3. The concept of freedom of economic activity under Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

In its ruling of March 14, 2002, the Constitutional Court held that a person's constitutional right to property is an essential condition for the exercise of a person's financial freedom and that restricting a person's right to property also limits a person's freedom of economic activity. Thus the meaning of freedom of economic activity is equal to the private property of a person. Furthermore, such ideas are being also developed by the Lithuanian economists who argue that "<...> property is not just a plot of land, a stand, or a building. By losing the opportunity to work, use their hands and tools, carry out their obligations and contracts, people have lost their property and, consequently, their livelihood" (Leontjeva, 2020).

In assessing the State's restrictions in the field of freedom of economic activity, it should be emphasized that one of the essential violations in this context is the violation of property protection – disregard for one of the most important human rights not only in national but also in international law. It must be noted that neither the main text of the ECHR nor the protocols supplementing it explicitly mention the freedom of economic activity. However, freedom of economic movement is closely linked to the classic right to private property enshrined in Protocol No. 1 to the ECHR (hereinafter – **Protocol No. 1**) (Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1952). The non-inclusion of the property protection norm in the main body of the ECHR was due to several main reasons: the introduction of a guarantee of protection of the property right should have led to the introduction of common standards of security, which economically weaker states feared as to whether they would be able to guarantee them at the same level as economically more vital states; there were fears that the provision of property guarantees could undermine public social planning, hamper planned reforms that often lead to restrictions on private property rights (Švilpaitė, 2003). The Protocol entered into force under Lithuanian jurisdiction on May 24, 1996.

In 1979, ECtHR stated that “<...> by recognizing that everyone has the right to the unrestricted enjoyment of his possessions, Article 1 of Protocol No. 1 guarantees the property right. The words “assets under management” and “use of assets” create such a clear impression” (Marckx v. Belgium, 1979).

Such a position is also further developed by stating that the first thing to bear in mind when considering Article 1 of Protocol No. 1 is that the concept of property, or “possessions,” is very broadly interpreted. It covers a range of economic interests. The following have been held to fall within the protection of movable or immovable property, tangible or intangible interests, such as shares, patents, an arbitration award, the landlord’s entitlement to rent, the economic interests connected with the running of a business, the right to exercise a profession, *etc.*

In another case, the applicant, a limited liability company, applied before the ECtHR to revoke its license to trade alcoholic beverages and argued that it infringed its property rights Protocol No. 1. The Swedish Government disagreed, arguing that a license to trade in alcoholic beverages could not be considered “property” in the context of Article 1 of Protocol No. 1. In its examination of the case, the ECtHR stated that the license itself was not an object of protection but an economic interest, *i. e.* the possibility of obtaining income from the licensed economic activity is an object protected by Article 1 of Protocol No. 1 (Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, 1989).

In a case against Greece, the applicant, who had been engaged in open-air cinema services by leasing the state-owned land, alleged that his right to unimpeded use of property under Article 1 of Protocol No. 1 was violated when the State unreasonably evicted him from the leased land and could not continue its economic activity. The Greek Government stated that the eviction order deprived the applicant of the right to use and manage the land but did not prevent him from doing business. The applicant had the opportunity to find another place for his business. The ECtHR upheld the applicant’s side in this case and stated that in Article 1 of Protocol No.

1, the established concept of “property” has an independent meaning, which is not limited to the ownership of physical objects, but may be certain rights and interests of the owner. The ECtHR noted that during the 11 years of economic activity, the circle of clients of the respective area was formed by the applicant. The right to use its property without hindrance was violated by not allowing further economic activity, as a result of which the undertaking could not conclude new contracts (Iatridis v. Greece, 1999). The analysis of said documents shows that conducting economic activity falls under the protection of private property regardless of whether the applicant had a possibility to re-allocate or redirect their work line. This is particularly relevant given that the Lithuanian Government directly seized economic operators’ ability to engage in their operations.

The ECHR recognizes the non-absolute nature of freedom of economic activity and these conditions must be met: legality, compliance with the general interest of the society, proportionality. Therefore, we can state that due to the detailed and extensive

jurisprudence of the ECtHR, these conditions also basically correspond to the unique and general conditions for restriction of the freedom of economic activity mentioned in the constitutional jurisprudence of the Republic of Lithuania.

Both legal and natural persons may invoke Article 1 of the Protocol (Carss-Frisk, 2001). Due to the Government's restrictions, both companies and self-employed persons were prohibited from engaging in economic activity. Such a concept of freedom of economic activity ultimately corresponds to the subject of freedom of analysis mentioned in the Republic of Lithuania's constitutional doctrine.

The close connection between this freedom and the right to private property enshrined in ECHR has led to certain aspects of an individual's economic freedom being interpreted in the ECtHR case law. Article 1 of Protocol No. 1 defends a wide range of financial property rights and interests. The criteria of conventional property identification (economic value, reality) distinguished in the Court's doctrine allow extending the limits of protection of the right of ownership by protecting the property guarantee to any new object, including economic activity. It is clear that there is no precise mechanism with precise criteria that could help to distinguish between things falling within the scope of Article 1 of the Protocol No. 1 and those that are not considered "property", so it is difficult to predict the recognition of one hundred percent protected object within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 (Juškevičiūtė-Vilienė, 2017, p. 286). Given that the concept of property is interpreted broadly, it can be argued that the prohibition or restriction of certain activities should also be considered as an infringement of the property right, both in the sense of national and international law.

It is crucial to note that the Government's quarantine violates and restricts the rights and freedoms enshrined in the Constitution of the Republic of Lithuania and, more importantly, the fundamental right of private property protection under the ECHR.

Although the ECHR does not directly enshrine an economic operator's right to pursue an economic activity freely, it is protected in the context of Article 1 of Protocol No. 1 as a fundamental monetary unit with an economic value and a set of protected freedoms. Therefore it is necessary to ask whether the quarantine regime introduced in Lithuania, which is essentially a deprivation of the opportunity to operate and develop a business (thus, and a violation of the Protocol No. 1), is not considered a restriction of economic activity, but instead the restriction of property.

3. Proportionality and grounds of restrictions

To successfully tackle the pandemic, governments need to protect both society's health and the economy. It is crucial to strike a balance between the spread of the disease and the suspension of economic activities.

The protection of the property is established in various national and international legal acts, e.g., Article 23 of the Constitution (1992) says that property shall be invio-

lable' In Lithuania's case, multiple companies complained about the Government's inability to provide reasonable and, in some cases, at least some kind of compensation for a business that has had to close due to the State's unilateral decisions. As proven in the previous section, business closure due to imposed restrictions of quarantine falls under Article 1 of Protocol No. 1 ECHR. This demonstrates that compulsory business closures should be treated as taking ownership for public needs. In its essence, the quarantine measures deprived the economic operators of any means of carrying out their functions, thus resembling seizure of property rights rather than restrictions of economic activity, since regulations of economic activity, such as requirements for licenses, restrictions of advertising etc. only add additional barriers to operating instead that eliminating possibilities of conducting business. In terms of seizure of private property, the Constitutional Court has stated that restricting the rights of ownership in all cases must be restricted only based on law, the principle of proportionality must be respected (Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of March 14 2002) and a person whose property is taken for public needs has the right to demand compensation (Ruling of March 4 2003 of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania).

During the first and second quarantines, many businesses were closed by Government-implemented restrictions to curb the virus's spread. Businesses were closed not because of the virus itself but because of unilateral decisions of the Government. Thus such actions are considered as taking ownership for public needs and business owners must be compensated. The Government's main underlying idea to close various businesses is to fight the virus spreading, i.e., to protect the public. Hence, the State must be liable for its decisions. It is unjust to require the businesses and people to "pay" for the Governments unilateral decisions, particularly given that companies paid through lost income.

During the first lockdown that happened from March to June 2020 businesses in cultural, entertainment, leisure, and other establishments were prohibited from providing services. Most had no alternative means of operating. When comparing Lithuania's incidence with other EU countries, where there have been thousands of new cases a day, these severe business constraints may appear excessive it should have been revised as soon as new evidence came to light.

In the first two months, some business sectors were left on their own without any compensation. Then-Prime Minister of Lithuania made a questionable statement "if the business gets such survival dilemmas in a month, whether to go bankrupt at all or to continue operating, then maybe not everything was in order with those businesses" (Delfi, 2020). It can be concluded from such speeches from state leaders that when businesses were forcibly shut down, the Government was reluctant to follow the previously analysed Constitution and Constitutional jurisprudence. During the quarantine, it was not known for a long time what the compensation would be and how it would be shared between businesses. It violates the Lithuanian Constitutional Court statements about

appropriate remuneration and a clear system for its distribution. Needless to say, the requirement of laws to be foreseeable and not to create uncertainty.

In some EU countries, restrictions were revised. E.g., in the Netherlands, a curfew was introduced. In response, the High Court of the Netherlands ordered to scrap this curfew because it was not an “acute emergency” (BBC News, 2021). Besides, the Constitutional Court of Austria stated that country’s anti-coronavirus measures were partly illegal. Specifically, the Court objected to the ban on shops. Judges noted that the partial easing of store closures was unlawful, as only businesses with less than 400 square meters of retail space were allowed to open. According to Austria’s Constitutional Court, this discrimination could not be justified (Grüll, 2020). In Belgium, on few occasions, courts said that implemented COVID-19 rules are unconstitutional. One of them was when a police court magistrate in Brussels had acquitted a man charged with failing to wear a face mask, arguing that the obligation to do so is against the right of freedom of movement (Hope, 2021). In a nutshell, in the Netherlands and Belgium cases, the Court argued that the executive did not mandate to impose prohibitions on freedom of movement by an act of Government because this kind of bans required Parliament’s law. In Lithuania, on February 4, 2021, a complaint by the “Aukštaitijos implantologijos klinikos” seeking compensation loss of income due to the quarantine was rejected by the Vilnius Regional Administrative Court. Courts ruled that the Government did not exceed its powers in developing and applying quarantine prohibitions (Decision of the Vilnius Regional Administrative Court of February 4, 2021), emphasizing that the pandemic situation was unclear in its beginning. However, this does not limit the possibilities of suing the State for the unjust second quarantine since the pandemic spread was more understandable.

During the second quarantine in Lithuania, when this article has been written same restrictions were implemented, but some remuneration was distributed among companies. It was done without a proper and adequate system leading to more legal uncertainty and imposing higher risks on the economy’s future. From the retrospective, the second quarantine shows how disproportionate and excessive restrictions occurred during the first quarantine since the number of infection cases was a lot lower than during the second one. The Government is taking steps in introducing more leeway restrictions, such as allowing certain shops to operate if they meet an area requirement. Beauty services are also entitled to open, ensuring that a certain amount of space per client is assured. This is a great example what is the restriction of freedom of economic activities. However, until these decisions, the Government’s practice was to close everything, which resembles more that of private property seizure.

It can be claimed that restrictions implemented during the first and second quarantines were disproportionate. It is unjustifiable due to short-time and narrow-minded decisions to fight COVID-19, not considering the long-term effects on the economy.

4. Compensation for legal entities

The Constitution, other national legal acts, and international legal acts applicable in Lithuania guarantee comprehensive protection of private property rights. The same legal acts ensure the possibility for the State to restrict the implementation of private property rights to preserve the nation's common welfare. In Lithuania, the primary legal actions that establish the legal protection of the right of ownership provide the possibility of establishing the methods of restriction of the right of ownership and even establishing the institute property seizure for society's needs.

Lithuania ratified ECHR in 1995. According to Article 138 of The Constitution, ratified treaties become part of the Lithuanian legal system. Due to this, it is essential to take account of ECHR when creating and implementing national laws. Hence, as the authors have already mentioned, the Constitution states that property is inviolable; Article 1 of Protocol No. 1 ECHR states that every natural or legal person is entitled to his possessions' peaceful enjoyment.

Thus, the standards of protection provided for in Article 1 of the Protocol No. 1 apply to both rights in rem and obligations. The rule set out in this article guarantees the protection of a wide range of different types of property, applicable to both movable and immovable property (securities and licenses, rights of claim, building permits, social benefits, hunting and fishing rights) (Jočienė, Čilinskas, 2005, p. 207). In this case, Lithuania also has such regulation when businesses, enterprises and income from them are also treated as property objects.

The ECHR guarantees protection against unilateral action by the State regarding the existing property, leaving states free to restrict property rights if the general interest requires so. Yet any measure banning the right to property must be lawful, imposed in the public interest and proportionate (Švilpaitė, 2003, p. 27).

Such a principle is also enshrined in national law. The Constitution states that property is inviolable. Inviolability of property means the right of the owner, as the holder of subjective rights to property, to demand that other persons do not violate his rights, as well as the duty of the State to protect and protect property from unlawful encroachment on it (Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of December 13 1993).

Having repeatedly assessed the constitutional guarantee of the inviolability of property, the Constitutional Court notes that in legal language, inviolability is generally understood as an inviolable, inalienable human right. The legislature must enact laws to protect the owner's property rights from unlawful encroachment (Rulings of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of August 23, 2005, June 22, 2009).

The Constitutional Court ruling of December 13, 1993, established that neither the Constitution, the current system of other laws, nor the universally recognized norms of international law deny the possibility to expropriate property or restrict its mana-

gement, use or disposal under the conditions and following the procedure established by law. Yet restrictions must be established by law. They are allowed only when they are not in conflict with the Constitution. The fact that property may be confiscated is also confirmed in the Constitution, which provides that “property may be confiscated only for the needs of society following the procedure provided by law and shall be fairly compensated”. The principle of proportionality arising from the Constitution requires in each case an assessment of whether the taking of private property is an appropriate and least restrictive measure of the human right to the protection of property, or whether the objectives pursued cannot be achieved by less restrictive means (Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of September 19 2002), the latter one significantly raising many doubts in terms of the quarantine.

Even in the absence of a formal transfer of ownership, state interference in a person's right of ownership to an appropriate extent can, according to the ECtHR, be equated with *de facto* expropriation and qualified as the taking of property for the needs of society (Sporrong & Lönnroth v. Sweden, 1982). Thus, when talking about seizing property legal entities can be included in the concept of ownership, when the Government restricted economic activity freedom and provided compensation for it by imposing restrictions throughout the country. But were those compensations fair, adequately paid, and proportionate?

The authors of this article interviewed Vilnius Night Alliance representative Mark Adam Harold. He said that during the first months of quarantine, national and local Government ignored the nightlife and catering sectors and then finally Government provided support. It was only 50% of what these sectors needed. Furthermore, a representative said that these two sectors were closed based on the discriminated basis because no research or analysis suggests that the virus is spreading in these sectors. The same happened during the second lockdown then these sectors were closed first without data and scientific arguments. It once again validates the statement – lockdown was implemented without respecting the principle of proportionality.

4.1. First quarantine

In the first few months of the first quarantine, SMEs especially the culture, nightlife and catering sectors, were ignored by the national and local governments. In May 2020, the Vilnius City Municipality announced its plan to combat pandemic consequences (Vilnius City Municipality, 2020). The project included various business aid measures, e.g., exemption from rent; exemption from levies for activities affected by quarantine; deferral of payments for utilities; freedom for outdoor cafes: a gift of urban public spaces to outdoor cafes – even for those who do not have outdoor cafe permits. Some of these actions were implemented nation- wide, like exemption from rent. Unfortunately, after some time, the plan was postponed for several weeks and the budget was reduced.

To summarise first quarantine Government help for businesses a few facts can be concluded. In a few months, many sectors were ignored when the financial support was prolonged. Other kinds of help were led by Vilnius city municipality, but not by the national Government.

4.2. Second quarantine

Following the second quarantine announcement, the Economics and Innovation Ministry (**Ministry**) announced that a plan was being prepared to help businesses. The package provides that subsidies based on reduced profits and tax rates payable. Ministry claimed that subsidies are estimated to reach companies within about two weeks of the application being filed (Žebrauskienė, 2021). Some companies had to wait longer for support. During this, every day is like a life and death situation for SMEs. Some businesses have been left without subsidies. This situation was a reason for a protest of bars and cafes which was held on February 20, 2021 (Sagaitytė, 2021). Even if businesses were to receive support from the first and second package already, a third package would also be needed in April.

Due to the fact that subsidies are very late and quarantine has not been lifted, protesters achieved that a second support package is being prepared. The second package of business support itself-employed, people who work on an individual basis, business certificates. The benefit granted to them will be linked to the paid Personal Income Tax. Additionally, Market vendors will be compensated for marketplace fees for two months. The second package of subsidies will only be for the worst affected, for those whose turnover has fallen by 60% or more (Kalinkaitė-Matuliuskienė, 2021).

At first sight, Ministry and the whole Government are trying their best to support various businesses. However, the entire system is prolonged. The quarantine support for businesses best describes Mark Adam Harold words “The first package covers debts five months ago, the second three months ago, and we’re thinking about the past”.

Conclusions

1. The provisions that allow the Government to regulate the declaration of a state of emergency, the introduction of quarantine, and the imposition of measures should be assessed as unconstitutional in that they do not establish the competence of the Seimas to assess the imposition of a state of emergency and the determination of the measures to be taken under these special legal regimes.
2. The Government, by restricting the freedom of economic activity with its adopted and still being adopted by-laws, violates and restricts not only the rights and freedoms enshrined in the Constitution of the Republic of Lithuania but more

importantly – fundamental human rights and freedoms, stated in ECHR, more specific – the property right.

3. According to the ECHR, the closure of businesses due to quarantine, the Lithuanian Constitutional Courts and the logical method falls under the taking of property for public needs as enshrined in the Constitution of Lithuania. Therefore adequate compensations must be provided.
4. Restrictions implemented during the first and second quarantines were disproportionate. It is unjustifiable due to short-time and narrow-minded decisions to fight COVID-19, not thinking about long-term impact on the economy, more specific detrimental effects on companies' livelihoods. The compensation system is too bureaucratic, leaving many businesses without adequate compensation, which violates the proportionate remuneration principle enshrined in the legislation.

List of sources

Legislative acts

1. European Convention on Human Rights, Rome, 4.XI.1950;
2. Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris, 20.III.1952;
3. Constitution of the Republic of Lithuania (1992). *The Register of Legal Acts*, 33-1014;
4. Law on the Prevention and Control of Communicable Diseases in Humans (1996). *The Register of Legal Acts, The Register of Legal Acts*, 104-2363;
5. Law on Civil Protection (1998). *The Register of Legal Acts*, 115-3230;
6. Lietuvos Respublikos 2020 m. balandžio 28 d. civilinės saugos įstatymo Nr. VIII-971 2, 8, 9, 11, 12, 14, 22, 27, 28 straipsnių pakeitimo ir įstatymo papildymo 30-1 straipsniu įstatymas, TAR, 9205;
7. Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2020 m. vasario 26 d. Nr. 152 nutarimas “Dėl valstybės lygio ekstremaliosios situacijos paskelbimo”, TAR, 4023;
8. Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2020 m. kovo 14 d. Nr. 207 nutarimas Dėl karantino Lietuvos Respublikos teritorijoje paskelbimo, TAR, 5466;
9. Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2020 m. lapkričio 4 d. Nr. 1226 nutarimas Dėl karantino Lietuvos Respublikos teritorijoje paskelbimo, TAR, 23062;
10. Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2020 m. gruodžio 7 d. Nr. 1364 nutarimas dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2020 m. lapkričio 4 d. nutarimo Nr. 1226 “Dėl karantino Lietuvos Respublikos teritorijoje paskelbimo” pakeitimo, TAR, 26316.

Case-law

11. *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden* [ECHR], No. 10873/84, [07.07.1989] ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001087384;
12. *Iatridis v. Greece* [ECHR], No. 31107/96, [19.10.2000] ECLI:CE:ECHR:2000:1019JUD003110796;

13. *Sporrong and Lönnroth v Sweden* [ECHR], No. 7151/75, 7152/75 [18.12.1984], ECLI:CE:ECHR:1984:1218JUD000715175;
14. *Marckx v. Belgium* [ECHR], No. 6833/74, [13.06.1979], ECLI:CE:ECHR:1979:-0613JUD000683374;
15. Conclusion of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of January 24 1995. *The Register of Legal Acts*, 9-199;
16. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of October 18 2000. *The Register of Legal Acts*, 88-2724;
17. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of March 14 2002. *The Register of Legal Acts*, 28-1003;
18. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of April 9 2002. *The Register of Legal Acts*, 39-1441;
19. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of September 19 2002. *The Register of Legal Acts*, 93-4000;
20. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of March 4 2003. *The Register of Legal Acts*, 24-889;
21. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of March 17 2003. *The Register of Legal Acts*, 27-1098;
22. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of January 26 2004. *The Register of Legal Acts*, 15-465;
23. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of May 13 2005. *The Register of Legal Acts*, 63-2235;
24. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of August 23 2005. *The Register of Legal Acts*, 152-5605;
25. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of May 23 2007. *The Register of Legal Acts*, 58-2246;
26. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of May 20 2008. *The Register of Legal Acts*, 58-2182;
27. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of June 22 2009. *The Register of Legal Acts*, 75-3074;
28. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of February 6 2012. *The Register of Legal Acts*, 109-5528;
29. The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of May 14 2015. *The Register of Legal Acts*, 7361;
30. Decision of the Vilnius Regional Administrative Court of 4 February, 2021.

Academic literature

31. Birmontienė T. (2010). „Ūkinės veiklos laisvės konstitucinė doktrina“, iš Konstituciniai ekonominės laisvės pagrindai ir kitos konstitucinės jurisprudencijos problemos (Vilnius: Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo leidykla;
32. Birmontienė T., Miliuvienė J. (2020). „Constitutional Requirements Applicable for Public

- Authority Institutions while Dealing with Pandemic Challenges in Lithuania” from Lietuvos teisė 2020. Esminiai pokyčiai I dalis. COVID-19 pandemijos sprendimai: teisiniai, valdymo ir ekonominiai aspektai. *Mykolas Romeris University*;
33. Birmontienė T., Miliuvienė J. (2020). “Pandemic Challenges for the Protection of Human Rights and Freedoms” from Lietuvos teisė 2020. Esminiai pokyčiai I dalis. COVID-19 pandemijos sprendimai: teisiniai, valdymo ir ekonominiai aspektai. *Mykolas Romeris University*;
 34. Gross O., Ní Aoláin F. (2006). Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice. *Cambridge University Press*;
 35. Lebre A. (2020). COVID-19 Pandemic and Derogation to Human Rights. *Journal of Law and the Biosciences*.
 36. Švilpaitė E. (2003). The right of the State to restrict the right of ownership in accordance with the First Protocol to the European Convention on Human Rights. *Jurisprudence*;
 37. Vasarienė D. (2020). “The Restrictions of Economic Freedom and Initiative Following a Declaration of a Covid Pandemia” from Lietuvos teisė 2020. Esminiai pokyčiai I dalis. COVID-19 pandemijos sprendimai: teisiniai, valdymo ir ekonominiai aspektai. *Mykolas Romeris University*.

Electronic publications

38. 15 min. *Estijos premjerė: virusu užsikrečiama darbe ir namuose, o ne baruose ir restoranuose* [online], (modified February 17, 2021) Available at: https://www.15min.lt/naujiena/aktualu/pasaulis/estijos-premjere-virusu-uzsikreciama-darbe-ir-namuose-o-ne-baruose-ir-restoranuose-57-1457108?fbclid=IwAR3LV5aMEgxO1I9_9HNDcbL54u2NIQ-4cMHMSrHYCTZta-vf3a2rjVlJ0W9M [Accessed February 25, 2021];
39. 15 min. *Vytautas Nekrošius: Ar teisėtai paskelbtas karantinas?* (modified March 20 2020) Available at: <https://www.15min.lt/naujiena/aktualu/nuomones/vytautas-nekrosius-ar-teisetai-paskelbtas-karantinas-18-1292092?copied> [Accessed 6 December, 2020];
40. BBC News *Covid: Dutch crisis as court orders end to Covid curfew* [online] (modified February 16 2021) Available at: <https://www.bbc.com/news/world-europe-56084466> [Accessed 24, January, 2021];
41. Carss-Frisk M. (2001). The right to property A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. Available at: <https://rm.coe.int/168007ff4a> [Accessed 19 December, 2020];
42. Delfi. *Skvernelis: jeigu verslui po mėnesio atsiranda išgyvenimo dilemos, galbūt su jais ne viskas tvarkoje buvo* [online], (modified April 21, 2020) Available at: <https://www.delfi.lt/verslas/verslas/skvernelis-jeigu-verslui-po-menesio-atsiranda-isgyvenimo-dilemos-galbut-su-jais-ne-viskas-tvarkoje-buvo.d?id=84094993> [Accessed February 24, 2021];
43. Vilnius City municipality. *Vilnius pristatė savo planą kovai su pandemijos pasekmėmis* [online] (modified May 5, 2020) Available at: https://drive.google.com/file/d/1vq6k-FLT3dTVxEaav9TYzvSZBG5rmt31M/view?fbclid=IwAR1n3bm3dChK5iA0vehhg-ZFT-bb_6LWEm1-v9s5qt7VLwxt3dWYLDqwOzqs [Accessed February 28, 2021];

44. Didili, Z. *Dutch govt appeals court order to scrap Coronavirus curfew* [online], (modified 17 February, 2021) Available at: <https://www.neweurope.eu/article/dutch-govt-appeals-court-order-to-scrap-coronavirus-curfew/> [Accessed 21 February, 2021];
45. Grüll, P. *Austrian health minister wants to 'repair' coronavirus measures following court ruling* [online] (modified July 28, 2020) Available at: <https://www.euractiv.com/section/coronavirus/news/austrian-health-minister-wants-to-repair-coronavirus-measures-following-court-ruling/> [Accessed January 24, 2021];
46. Hope, A. *Mask obligation 'unconstitutional,' says Brussels court* [online] (modified January 22, 2021) Available at: <https://www.brusselstimes.com/news/belgium-all-news/150701/mask-obligation-unconstitutional-says-brussels-court/> [Accessed January 24, 2021];
47. Introductory remarks by the Director-General of the World Health Organization to the media on March 11 2020 [online] (modified March 11, 2020) Available at: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> [Accessed January 10, 2021];
48. Kalinkaitė-Matuliauskienė, V. *Pirmieji antrojo paramos verslui paketo žingsniai: kompensacija už darbuotojų testavimą ir turgaviečių mokestį* [online] (modified 9 February, 2021) Available at: <https://www.lrt.lt/naujienos/verslas/4/1338957/pirmieji-antrojo-paramos-verslui-paketo-zingsniai-kompensacija-uz-darbuotoju-testavima-ir-turgavieciu-mokesti> [Accessed 25, February, 2021];
49. Rumšienė, R. *Grožio salono savininkė: dėl numatomų švelnesnio karantino reikalavimų dalis salonų dirbti nė nebandys* [online] (modified 9 February, 2021) Available at: https://www.lrt.lt/naujienos/lietuvoje/2/1340475/grozio-salono-savininke-del-numatomu-svelnesnio-karantino-reikalavimu-dalis-salonu-dirbti-ne-nebandys?utm_medium=Social&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR0mF-CzcCqfmfSKJr8iJjEPST6-ciPGZfE62LdYiDA-7pRad25N5iPt5OU#Echobox=1612896658 [Accessed 24 February, 2021];
50. Sagaitytė, G. *Iki šiol paramos negavę barai ir kavinės rengia akciją visoje šalyje – baiminasi, kad nuomotojai tiesiog išmes į gatvę* [online] (modified February 20, 2021) Available at: https://www.lrt.lt/naujienos/verslas/4/1347917/iki-siol-paramos-negave-barai-ir-kavines-rengia-akcija-visoje-salyje-baiminasi-kad-nuomotojai-tiesiog-ismes-i-gatve?fbclid=IwAR0kZIBJP0p0sO16_WDdzsmJcI2dO4-UEBChg2-vvMF9L-WG2R3F_3x7DUK [Accessed February 23, 2021];
51. Teise Pro. E. *Šileikis. Koronavirusas ir Konstitucija: karantinas ar nepaprastoji padėtis?* (modified March 18, 2020) Available at: <http://www.teise.pro/index.php/2020/03/18/e-sileikis-koronavirusas-ir-konstitucija-karantinas-ar-nepaprastoji-padetis/> [Accessed December 6, 2020];
52. Vireliūnaitė, L. *Karantinas pratęstas iki birželio vidurio, S.Skvernelis neatmeta, kad nuo 16 dienos jis gali būti visai atšauktas* [online] (modified May 27, 2020) Available at: https://www.15min.lt/naujiena/aktualu/lietuva/karantinas-pratestas-iki-birzelio-vidurio-saulius-skvernelis-sako-kad-nuo-birzelio-16-dienos-jis-gali-buti-visai-atsauktas-56-1323948?fbclid=IwAR2_DhXgliJ2iqabk5xsmIItaqR8mBcy1lfSKJBjcyKlpXtNAoHE_eE8SLM [Accessed February 28, 2021];

53. Žebrauskienė, A. *Armonaitė apie antrąjį pagalbos paketą verslui: parama pasieks turgavietes ir savarankiškai dirbančius* [online], (modified January 20, 2021 m) Available at: <https://www.delfi.lt/verslas/verslas/armonaite-apie-antraji-pagalbos-paketa-verslui-parama-pasieks-turgavietes-ir-savarankiskai-dirbancius.d?id=86274925> [Accessed February 25, 2021];
54. Žebrauskienė, A. Verslas sulauks didesnės paramos – aiškėja, kokios priemonės bus taikomos antruoju pagalbos paketu [online] (modified January 27, 2021) Available at: <https://www.delfi.lt/verslas/verslas/verslas-sulauks-didesnes-paramos-aiskeja-kokios-priemones-bus-taikomos-antruoju-pagalbos-paketu.d?id=86333413> [Accessed February 25, 2021].

Other sources

55. Vilnius University, Faculty of Law Conference “Legal Challenges of the COVID-19 Pandemic: Preparing for the Future and Assessing the Mistakes Made” [online] [Accessed February 4, 2021].

RIBOJIMAI KARANTINO METU: PATEISINAMI, BET AR TEISĖTI?

Santrauka

Šiame straipsnyje yra vertinami karantino metu įvesti ribojimai verslui Europos Žmogaus Teisių ir Pagrindinių Laisvių Apsaugos Konvencijos pirmo protokolo pirmame straipsnyje įtvirtintos teisės į nuosavybės apsaugos pagrindu. Straipsnyje analizuojami Europos Žmogaus Teisių Teismo, Lietuvos Konstitucinio Teismo bei kitų Europos Sąjungos šalių teismų praktika ir Lietuvos teisės aktai, siekiant nustatyti, ar karantinas ir su juo įvesti ribojimai yra teisėti. Taip pat vertinama, ar ribojimai verslui buvo proporcingi ir suteiktos kompensacijos lygiavertės patirties nuostoliams.

RESTRICTIONS DURING PANDEMIC: JUSTIFIED BUT IS IT LAWFUL?

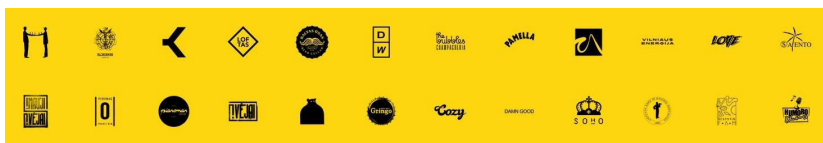
Summary

This article assesses the restrictions imposed during quarantine on business under the first article of the First Protocol of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedom Protection, which enshrines property protection. The article analyses the European Court of Human Rights' case-law, the Lithuanian Constitutional Court and other European Union countries and Lithuanian legal acts to determine whether quarantine and restrictions imposed with it are lawful. It also assesses whether the restrictions on business were proportionate and compensated for losses of equivalent experience.

Annex 1

Questions for an interview with Mark Adam Harold, Vilnius Night Alliance representative

1. How much did quarantine cost: how many employees have been fired by small/ medium- sized businesses, what losses have business suffered?
2. What is the procedure for disbursing subsidies, on what grounds is their amount determined?
3. How do you assess the State's compensation, the separation of large businesses and individual activities (self-employed) and the differences in compensation rates, given that the self-employed are paid a fixed amount and companies receive variable compensation and benefits?
4. How do you view this week's decision not to allow small businesses to open? What impact can this have on these businesses?
5. Why has a class action not been organised before, for example, after the first quarantine?
6. Comparing the first and second quarantine, which caused greater damage?
7. VNA claimed that the restrictions on nightclubs' working time were potentially anti- constitutional in accordance with Articles 7, 29, 31, 48 of the Constitution and applied to the Government. What were the Government's arguments?
8. Can you compare the communication between the old Government and the new Government? Is stigmatization reduced?
9. Has the InBar app and a map of safe places worked? Could this tactic be applied now?



CHINA'S RESPONSIBILITY FOR THE COVID – 19 PANDEMIC: AN INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE

Andrius Piepolis, Kamilė Smilgevičiūtė

Vilnius University Faculty of Law

2nd year law students

Saulėtekio av. 9, I block, 10222 Vilnius

Email addresses: andrius.piepolis@gmail.com; smilgeviciute.kamile18@gmail.com

Academic supervisor of the article Lekt. dr. Gabija Grigaitė-Daugirdė

Email address gabija.grigaitė-daugirdė@tf.vu.lt

This article focuses on state responsibility elements under international law and analyses legal preconditions for China's responsibility under international law for COVID-19 pandemic management related actions.

Šis straipsnis nagrinėja valstybės atsakomybės elementus pagal tarptautinę teisę ir analizuoja teisinės prielaidas Kinijos atsakomybei pagal tarptautinę teisę už COVID-19 pandemijos valdymo veiksmus.

Introduction

Currently, one of the main topic, which has been trending in the whole world, is the novel COVID – 19 disease caused by the SARS-CoV-2 virus. From the moment World Health Organization (hereinafter – WHO) declared a public health emergency of international concern on the 30th of January 2020, till the moment of writing this article, there have been more than 100 million confirmed cases and more than 2 million deaths worldwide (Worldometer, 2021). While states faced difficulties in fighting this disease, some world leaders, mainly, the former president of the United States, Donald Trump, started talking about the responsibility of the People's Republic of China (hereinafter – China), the state where the virus originated from. Donald Trump criticized China for the lack of transparency in providing relevant information about the new infection, specifically, he blamed China for incorrectly claiming that there was no evidence of human-to-human transmission (Trump, 2020 cited Herman, 2020). Even though, these statements were probably made with no intention to take any legal actions, they started

a discussion whether China breached its international obligations and whether there is a possibility for China's responsibility for the COVID – 19 pandemic.

The purpose of this article is to analyse a legal path that could be followed in order to determine whether a state is responsible under international law with legal preconditions for China's responsibility for the COVID-19 pandemic. In addition, this article will provide a possible legal framework for the implementation of the legal preconditions for China's responsibility.

The object of this article is international law rules applicable to state responsibility and its implementation mechanism in the context of COVID – 19 pandemic situation.

Originality and relevance of the article – China's responsibility for the COVID – 19 pandemic under international law is still quite an underresearched topic. There is a lack of scientific articles about this topic. The majority of published articles are media articles or statements made by various politicians. Additionally, it is crucial to mention that there are no articles regarding this topic in Lithuania. Yet, China's responsibility for the COVID-19 pandemic is still one of the most important topics because at the time of writing this article the world is still struggling with this disease, and the question who could be responsible for this crisis cannot be more relevant.

Research methods applied in the article:

1. Teleological method is used for trying to determine what intentions state parties had while drafting certain international legal obligations in relation to public health situation management and crisis prevention.
2. Linguistic method is used for trying to explain what provisions of certain international treaties mean and how they should be implemented in practice.
3. Interdisciplinary method is used while researching the contagiousness and the spread rate of COVID-19 disease from an epidemiological perspective.

Sources used in this article are, mainly, from various media articles that analysed China's acts or omissions at the time of the COVID – 19 outbreak. One of the most significant sources, which enshrined main principles of state responsibility, was the United Nations International Law Commission work on state responsibility - 2001 Draft articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (hereinafter – Draft articles or Articles) as well as its respective Commentary. Furthermore, another substantial source was the doctrine of the International Court of Justice (hereinafter – ICJ) and the Permanent Court of International Justice (hereinafter – PCIJ). Research articles about the spread of COVID-19 and its impact on global economy had been additionally used.

1. Elements of state responsibility in international law

One of the main sources that is referred, when state responsibility is examined, is the 2001 Draft articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts by

the International Law Commission (further – Draft articles). While these Draft articles formally do not have a binding character, they widely reflect customary international law¹. The mentioned Articles are one of the most thorough and comprehensive codification of the rules concerning state responsibility under international law. According to article 1 of Draft articles, every internationally wrongful act of a state entails the international responsibility of that state. Furthermore, article 2 of Draft articles enshrines two most important elements of state responsibility: the subjective element – an act or omission is attributable to the state under international law and the objective element – the conduct of a state constitutes a breach of an international obligation in force for that state at the time of an internationally wrongful act. To find a state responsible under international law these two elements have to be met.

Conduct attribution to the state means that the state in international law is regarded as a single legal person, a unity of various organs and institutions (Commentary of Draft articles, 2001, p. 35). The state operates by the help of its institutions and organs, consequently, an international obligation is breached by actions or omissions of these entities. Therefore, there is a need to establish a link between the institutions, officials and the state. “It goes without saying that there is no category of organs specially designated for the commission of internationally wrongful acts, and virtually any State organ may be the author of such an act” (Commentary of Draft articles, 2001, p. 40). In addition, it is important to mention that acting *ultra vires* does not have any impact on conduct attribution to a state, therefore, states cannot avoid international responsibility by relying on their internal laws.

While analysing the objective element, it is important to mention that the international obligation could come either from customary international law or from a treaty provision. An obligation could be breached not only towards a particular state or a group of states, but also additionally towards an international community as a whole. These kinds of obligations in international law are called obligations *erga omnes*. ICJ made a distinction between an obligation arising of a state towards an international community and those arising *vis-à-vis* towards another state. The ICJ stated that obligations *erga omnes*, by their nature, are the concern of all states and that in the view of the importance of the rights involved all states should be considered to have a legal interest in their protection (ICJ judgement in Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited case, 1970, para. 33).

It is also crucial to mention that any violation of an international obligation causes international responsibility. As it was stated in the Rainbow Warrior arbitration “any violation by a State of any obligation, of whatever origin, gives rise to State responsibility and consequently, to the duty of reparation” (Case concerning the difference between

¹ Frequently these Draft articles are referred to by the ICJ, e.g in Gabčíkovo-Nagymaros project or Armed Activities in the Territory of the Congo cases.

New Zealand and France..., 1990, para. 75). The tribunal has concluded that in international law there is no distinction between contractual or tortious responsibility as well as no distinction between civil or criminal responsibility like it is in internal law of various states. Consequently, general principles of state responsibility could be equally applied in a breach of international obligation regardless of its origin. This principle is established in the article 1 of Draft articles, where it is stated that “[e]very internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”. Taken into the consideration that there are no distinctions regarding international obligations by their importance in general international law, this article will not differentiate international obligations by their greater or lesser significance.

Occasionally, it is declared that without the objective and subjective elements another element should exist for a state responsibility to arise, in particular – damage. In the Rainbow Warrior arbitration, the French Government opposed the New Zealand’s claim on the ground that such a claim ignored “a central element the damage”. New Zealand answered to the French objection by contending that it was confirmed by the International Law Commission draft on State Responsibility that damage was not a precondition for responsibility (Case concerning the difference between New Zealand and France..., 1990, para. 108). Although, the doctrinal controversy between the parties over whether damage was or was not a precondition for responsibility became moot, because there was legal and moral damage in that case, yet, it showed that there was no general rule in that regard. Whether such element was required depended on the content of primary obligation (Commentary of Draft articles, 2001, p. 36).

Together with main elements of state responsibility, circumstances precluding wrongfulness should be analysed as well, because if there was a possibility of at least one circumstance that could preclude wrongfulness, even a well-founded claim for a breach of international obligation would be invalid. Draft articles present six circumstances that could preclude wrongfulness of an act. These circumstances are – consent, self-defense, countermeasure, *force majeure*, distress, necessity. Considering our topic the relevant circumstances would be *force majeure* and state of necessity. These circumstances will be analysed in the further parts of this article.

2. Elements of state responsibility in China’s actions related to COVID-19 management

2.1 Examination of the objective element

Taken into consideration that it is too early to form customary international law rules in our situation, the main attention in searching for the objective element should be paid to obligations, arising from international treaties that bound China at the time of the COVID-19 outbreak. The primary international treaty, which should be addressed,

is the 2005 International Health Regulations (hereinafter – IHR). The IHR entered into force for China on June 15 2007. China made a declaration under IHR that repeated the binding character of this document and stated that IHR “applies to the entire territory of the People’s Republic of China, including the Hong Kong Special Administrative Region, the Macau Special Administrative Region and the Taiwan Province” (English translation of China’s declaration under IHR, 2005). Therefore, obligations embedded in IHR would apply to China in full.

Prior to the commencement of the analysis of obligations that are embedded in this treaty, it is important to specify the significance of this legal document. According to IHR article 2 the purpose and the scope of this international treaty is to “prevent, protect against, control and provide a public health response to the international spread of disease”. It could be agreed that all states should have a legal interest in the prevention of an international spread of a disease or, at least, the mitigation of potential damage. Overall, 196 states are parties to the IHR and they surely have that kind of legal interest in the protection of these rights. Consequently, it could be stated that the obligations embedded in this treaty are obligations *erga omnes*. Therefore, all states could be entitled to invoke the responsibility of a breaching party. In addition, the existence of damage is not needed in order to constitute a breach of these obligations, because the purpose of this treaty is, firstly, to prevent an international spread of diseases without waiting for damage to occur.

The main obligations, that are relevant in our topic, are embedded in article 6 of IHR which stated that “[e]ach State Party shall notify WHO... within 24 hours of assessment of public health information, of all events which may constitute a public health emergency of international concern within its territory”. Moreover, the second part of this article declared that following a notification parties would communicate with WHO “timely, accurate and sufficiently detailed public health information available to it on the notified event, where possible including case definitions, laboratory results, source and type of the risk, number of cases and deaths, conditions affecting the spread of the disease and the health measures employed”. Therefore, it is possible to differentiate two obligations that should be analysed. The first one demands to notify WHO, within 24 hours, about an outbreak of a disease and the other obliges the party to communicate with WHO timely, by presenting an accurate and detailed information about the notified event.

Before analysing China’s conduct in the light of the mentioned obligations, it is crucial to clarify when the 24 hour period of notification starts. Article 6 paragraph 1 of IHR states that notification should be done within 24 hours of assessment of public health information. The state should assess this information by applying a specific algorithm contained in the Annex 2 of IHR. This algorithm establishes four decision-making criteria to assess the public health event. These criteria are – the seriousness of the event’s public health impact, unusual or unexpected nature of the event, the risk of

international disease spread, and the risk that travel or trade restrictions can be imposed by other countries. If a public health event meets, at least, one of the presented criteria, then, it should be assessed for notification within 48 hours from the moment the state party becomes aware of it at the national level. Moreover, if the assessed event meets two or more criteria, then, it should be notified to WHO within 24 hours (WHO Guidance for the Use of Annex 2 of the IHR, 2005, p. 14).

According to data presented by the WHO, China notified WHO about the appearance of a new disease on December 31, 2019 (WHO Timeline statement, 2020). Although there is no unanimous agreement when the first case could have been recorded, some sources declared that the first case was traced back to November 17, 2019 and at the end of 2019 Chinese authorities had identified, at least, 266 infection cases (South Morning Post, 2020 cited Davidson, 2020). While other sources asserted that the symptom onset date of the first patient identified was December 1 (Huang *et al.*, 2020, p. 500). Even if we relied on the information that the first case was identified on December 1st, we could agree that from the moment the first cases of unusual and unknown disease were detected, China should have assessed this public health event as necessary for notification to WHO. There is a high probability that the assessment would have showed that there were 2 or more criteria established in Annex 2 of IHR. This disease was unusual and unexpected, because it was caused by an undetected novel coronavirus and this public health event could have been serious, if 266 infection cases were identified before the notification to WHO. Nevertheless, public health event could have been serious even if no or very few human cases have, yet, been identified, because the event occurred in a high population density, in the city of Wuhan (WHO Guidance for the Use of Annex 2 of the IHR, 2005, p. 16).

The mentioned sources impose that China's conduct at the beginning of an outbreak could not have been in conformity with a duty to inform WHO within 24 hours of assessment of public health information. It is possible that the essential information will be provided when the work of the independent commission of WHO will be finished. It is important to mention that the members of the commission declared that the purpose of their work in China was not to find a responsible country, but rather to understand: when the virus began circulating and whether or not it originated in Wuhan in order to prevent future outbreaks (Leendertz, 2020 cited BBC News, 2020). Yet, the acquired information could be valuable in ensuring that China should have known about the emergence of a highly contagious virus and, therefore, should have assessed the situation and later informed WHO in accordance with IHR. This could have been the reason that China tried to deny and delay the access to its territory for WHO experts (Hernández, 2021). In this context, it is useful to mention the article 5 paragraph 1 of IHR that states: "[e]ach State Party shall develop, strengthen and maintain... the capacity to detect, assess, notify and report events in accordance with these Regulations, as specified in Annex 1". Therefore, China should have had, at the

time of the outbreak, the capacity to detect public health events and evaluate them for notification to WHO². Consequently, China could have known about the ongoing public health situation in its territory.

Finally, the significance of the timely notification should also be stressed. Kurcharski's and others' research concluded that in locations with similar transmission potential to Wuhan in early January, once there were, at least, four independently introduced cases, accordingly, there was more than 50 percent chance the infection would establish within that population (Kucharski *et al.*, 2020, p. 553). Southampton university found out that if interventions in China "could have been conducted one week, two weeks, or three weeks earlier, cases could have been reduced by 66 percent, 86 percent and 95 percent respectively – significantly limiting the geographical spread of the disease" (study conducted in Southampton university, 2020). This shows that it was crucial to inform as soon as possible about the outbreak, because there was still hope of containing the international spread of this disease.

It is additionally important to assess if there was a breach of obligation that required to communicate promptly with WHO providing accurate and detailed information about the notified event. One source stated that China delayed to warn the public of a likely pandemic for 6 key days from January 14 to January 20 (The Associated Press, 2020). On January 14 the head of China's National Health Commission Ma Xiaowei in a confidential teleconference with provincial health officials laid out a grim assessment of the situation. He stated that the epidemic situation was severe and complex and would likely to develop into a major public health event (The Associated Press, 2020). On January 15 the head of China's Central Disease Control Center Li Qun declared on Chinese state television that by their latest understandings the risk of sustained human-to-human transmission was low (The Associated Press, 2020). As we know, Chinese government informed that human-to-human transmission was detected only on January 20 (Wang, Moritsugu, 2020). We could additionally mention that two expert teams were dispatched from Beijing to Wuhan on January 6 and January 8 and, yet, these expert teams did not find any evidence of human-to-human transmission (The Associated Press, 2020). Their findings were rather strange because at the time of their visit medical workers in hospitals and other individuals that had no contact to Huanan Seafood Market³, started falling ill. One of the most known doctors of Wuhan Central Hospital, Li Wenliang, raised an alarm of a potentially contagious disease that had many similarities to the SARS virus on December 30, 2019. Four days later he was summoned to the Public Security Bureau, where he was demanded to sign a letter, which stated he was making false statements and by

² The minimal requirements of detection, reporting and notification established in the Annex 1 of IHR will be analysed in the further part of this article.

³ The place where the virus might have originated from.

that, severely, disturbed social order (Hegarty, 2020). He was not the only individual that was accused of making “false statements”, because other eight individuals were additionally punished and imprisoned for spreading rumors (Tardáguila, Chen, 2020). While there were a lot of signals at the beginning of an outbreak that proved human-to-human transmission existed Chinese authorities delayed a significant time to notify other states and WHO. This conduct could not have been in conformity with the obligation which demanded to notify timely about the type of the risk and conditions affecting the spread of a disease.

So far, we have mentioned various sources, which argued about China’s delay in providing the relevant information, in addition, it is significant to mention the doubts concerning the fact that provided information was accurate arisen. One source stated that they had received and verified the authenticity of leaked internal documents from Hubei’s Provincial Central for Disease Control and Prevention (Walsh, 2020). These documents showed that the total amount of newly confirmed cases on February 10 was 5918, while on that day only 2478 new cases were announced publicly. Similarly, on February 17 internal documents showed that there were 196 deaths on that day, while only 93 deaths were announced caused by the COVID-19 infection (Walsh, 2020). This shows that some provided data might not have been as accurate as it was declared. If this was the case, then, the obligation which required following the notification of the event to provide accurate information about the cases and deaths had been breached.

In conclusion, the analysis of China’s conduct at the beginning of COVID-19 outbreak revealed that this conduct could not have been in conformity with IHR requirements. Firstly, there was an omission from China in notifying about the unexpected and unusual disease outbreak to WHO according to IHR article 6 paragraph 1 within 24 hours of assessment of the situation. Moreover, the action of delaying to provide relevant information or in providing inaccurate information, about the notified event, could not have been in conformity with the IHR article 6 paragraph 2 obligation.

2.2 Examination of the subjective element

Thus far, China’s international obligations were analysed and it was concluded that certain actions and omissions of Chinese institutions could not have been in conformity with these obligations. Therefore, there is a need to examine if these actions and omissions could be attributed to the state in question.

First and foremost, it is crucial to mention that China stated that the Ministry of Health was designated as China’s National Focal Point (English translation of China’s declaration under IHR, 2005). It meant that the Ministry of Health was responsible for notifying WHO about the emergence of a new disease according to the article 6 of IHR. Since this treaty entered into force, the Ministry of Health had dissolved its functions

were integrated into the National Health Commission. Therefore, the National Health Commission should have reported about the outbreak of this disease.

The first entities that encountered this disease were local hospitals in Wuhan. Yu and Li stated that in early December 2019 these hospitals reported unexplained pneumonia cases to the Wuhan Municipal Health Department. This department provided an official explanation that “the disease was preventable and controllable, and there was no need to panic” (Yu, Li 2021, p. 348). According to the timeline published by China on December 31, 2019 the National Health Commission got involved in the situation and sent an expert team to Wuhan to guide epidemic response and conduct on-site investigations (Xinhua, 2020). Therefore, the National Health Commission was definitely involved in the management of the outbreak, yet the question, which is left unanswered, is when exactly this institution was informed, because a lot of sources declared that the first cases were detected in early December or even sometime in November 2019.

In this context, it is crucial to mention the core capacity requirements for surveillance and response established in IHR Annex 1A. IHR Annex 1A establishes the minimal requirements that should be met in order to detect, report and notify about the disease outbreaks.

There are three levels of public health event detection. The first one is the local community level and/or primary public health response level. Their capacity includes the detection of events involving disease or death above expected levels and information reporting to other governmental institutions. The second intermediate public health response level has to assess reported events immediately and, if it found urgent, to report all essential information to the national level. The criteria for urgent events include serious public health impact and/or unusual or unexpected nature with high potential for spread. Finally, the national level should have the capacity to assess all reports of urgent events within 48 hours and, if these events confirm, at least, two criteria established in Annex 2, then, notify WHO within 24 hours.

The party of IHR according to article 5 should have the capacity to detect disease outbreaks in its territory according to Annex 1 requirements. Therefore, China should have had at the beginning of an outbreak the capacity to detect the unusual and potentially dangerous infection and assess it for notification. If local hospitals detected this unusual disease and reported in to governmental institutions, then these institutions should have responded to the situation – reported it to higher authorities, and these authorities should have assessed the event and notified WHO about it. Consequently, China could have known about the ongoing situation and the omissions of its institutions could be attributed to China.

Finally, there are no doubts that the actions of Chinese institutions, following the notification in delaying to provide the relevant information about the conditions affecting the spread of disease or providing inaccurate information about the cases and deaths, could be attributed to China.

In summary, the analysis of China's institutions, which had been involved in the management of an outbreak, allowed to conclude that the subjective element was satisfied.

3. Circumstances that could preclude wrongfulness of China's conduct

The analysis of objective and subjective element allowed to conclude that China committed a wrongful act at the time of dealing with the disease outbreak. But for a state responsibility to arise it is not enough to determine these elements, it is additionally needed to ascertain if there are no circumstances that could preclude wrongfulness of such an act.

The head of China's National Health Commission mentioned that political considerations and social stability were key priorities at that time leading-up to China's two biggest political meetings in March (The Associated Press, 2020). One of the arguments that could be used is that Chinese authorities wanted to safeguard an essential interest of the state, e.g. economical, social or political stability, and that there was a situation of necessity. While these interests could be essential, wrongfulness of such an act could not be precluded, because the failure to notify the international community about the dangerous disease would seriously impair the essential interest of the international community in preventing international spread of diseases. China's essential interest would be less important compared with the interest of the international community. Therefore, this ground for precluding wrongfulness could not be implemented, because it would not be in conformity with Draft articles article 25 paragraph 1 (b) requirement.

In addition, the argument that there was a *force majeure* situation could be used. This ground for precluding wrongfulness of an act could not be implemented, because an irresistible force, the unexpected emergence of a contagious virus, did not make it materially impossible to inform WHO about this event or to communicate promptly after the event had been notified. Moreover, China induced the situation in question, because it did not respond adequately at the beginning of an outbreak. Consequently, *force majeure* ground could not be adopted, because it would not be in conformity with Draft articles article 23 requirements.

4. Implementation of state responsibility

4.1 Different legal frameworks for invoking China's responsibility

As we concluded in the previous parts that legal preconditions for China's responsibility exist, we stumbled upon a problem of a lack of compulsory jurisdiction of the

ICJ. International law has some peculiarities that differentiate it from the internal legal systems of various states. In international law, no court could have compulsory jurisdiction on every occasion. Therefore, we need to examine the potential grounds for the jurisdiction of the main judicial body of the United Nations – ICJ.

But before turning to ICJ related legal framework, we need to analyse the dispute settlement mechanism provided by the IHR. In the article 56 of IHR, it is established that when there is a dispute between two or more states this disagreement, regarding IHR, should be, in the first instance settled through negotiations, good offices, mediation, conciliation, or other peaceful means. If states fail to reach an agreement, then they may agree to refer this dispute to the Director-General of WHO. Although there is a possibility to settle disputes based on IHR, the concerned states need to enter into the negotiations in good faith, without their acceptance the dispute cannot be solved. Consequently, it is naive to expect that China will enter into negotiations voluntarily and the need to look for more effective legal mechanism that could be invoked arises immediately.

Ground for the ICJ jurisdiction could be found in the WHO Constitution. Article 75 of WHO Constitution declares that any dispute arising from the interpretation or application of this Constitution, which is not settled by negotiation or by the Health Assembly, will be referred to the ICJ. Taking into account that this ground for the ICJ jurisdiction was invoked before, but the party failed to demonstrate how that dispute was linked to the interpretation or application of WHO Constitution (ICJ case of *Armed Activities in the Territory of the Congo*, 2002, para. 99), it is needed to establish a link between the interpretation or application of WHO Constitution and the IHR.

It is declared that a potential link between IHR and WHO Constitution could be found in articles 63 and 64 of WHO Constitution (Creutz, 2020, p. 12). Article 63 of WHO Constitution states that “[e]ach Member shall communicate promptly to the Organization important laws, regulations”. The IHR is an essentially important WHO document, a regulation adopted by the Health Assembly (Bartolini, 2021, p. 234). Therefore, parties are obliged to communicate promptly with IHR. Moreover, a link between IHR and the Constitution could be found in article 64 of WHO Constitution, which obliges each party to “provide statistical and epidemiological reports in a manner to be determined by the Health Assembly”. The IHR obligations were, in fact, determined by the Health Assembly. Consequently, ICJ could have a ground for jurisdiction to examine China’s responsibility question based on WHO Constitution provisions.

Additional legal framework for invoking China’s responsibility could be found in ICJ advisory opinion. By this special procedure, ICJ gives legal advice for an institution that requested an opinion. This legal advice could declare if a state breached its international obligations, e.g. ICJ in advisory opinion stated that Israel breached its obligation to respect Palestinian people’s right to self-determination by constructing a wall in

the occupied Palestinian territory (ICJ advisory opinion in *Legal Consequences of the Construction of the Wall...*, 2004, para. 149). Consequently, an authorized institution could request ICJ an advisory opinion about China's responsibility for the COVID-19 outbreak. Considering that some authors were questioning the binding legal nature of IHR given the lack of enforcement and compliance monitoring mechanisms (Burci, 2020), this opinion would be of crucial importance in clarifying that there could have been a breach of IHR obligations. The question which could be asked to the ICJ: could the IHR obligations be breached by the negligent conduct of China at the beginning of an outbreak?

There are two most appropriate entities that could request ICJ an advisory opinion about the mentioned question, which is the United Nations General Assembly or the WHO. The General Assembly according to article 96 (a) of the Charter of the United Nations has the right to request the ICJ to give an advisory opinion on any legal question, no other requirements are needed.

The situation differs slightly when we talk about the possibility for WHO to request an opinion. The ICJ distinguished three requirements, which needed to be met, for a Court to have jurisdiction to answer a question from a specialized agency – the specialized agency must be duly authorized to request such an opinion, the opinion requested must be on a legal question and the question arising must be within the scope of activities of that agency (ICJ advisory opinion in *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons...*, 1996, para. 10).

The request for an advisory opinion by the WHO should satisfy the mentioned requirements. Firstly, WHO could be authorized by the General Assembly to request an advisory opinion according to article 76 of WHO Constitution. Furthermore, the question would be legal, because the essence of this question is state responsibility under international law. Finally, the successful implementation of IHR provisions is relevant to WHO, therefore this question would be within the competence of this specialized agency. Consequently, ICJ could have jurisdiction to answer such a request from WHO.

It is also important to mention that China's consent for such an opinion would not be needed. ICJ stated that "the lack of consent to the Court's contentious jurisdiction by interested States has no bearing on the Court's jurisdiction to give an advisory opinion" (ICJ advisory opinion in *Legal Consequences of the Construction of the Wall...*, 2004, para. 47). The only circumstance when this opinion could be incompatible with the Court's judicial character is when such an opinion would circumvent the principle that a state is not obliged to submit its disputes to judicial settlement without its consent. This advisory opinion would not fully resolve the dispute about China's responsibility, because the essence of this opinion would be about the breach of IHR obligations, the questions, regarding reparation forms, would not be analysed. This opinion would put the foundations for further resolvment of this dispute, e.g. in WHO provided dispute settlement mechanisms.

As ICJ stated advisory opinions are given to the entities that requested them in order to provide legal answers needed for these requesting organs in their action (ICJ advisory opinion in *Legal Consequences of the Construction of the Wall...*, 2004, para. 60). Although, these organs have the discretion to decide what political decision they will make, yet, they would be in an awkward position if they did not accept the opinion given by the Court (Bustamante, 1929 cited Hambro, 1954, p. 6). The requesting institution could not question the Court's opinion from a legal point of view or disagree with its findings. Consequently, the given opinion of the Court would be of high authority. If the ICJ would declare that China was responsible for its negligent conduct at the time of an outbreak, then, other states would have a basis to invoke China's responsibility.

4.2 Reparation issues

When an internationally wrongful act is committed, legal consequences with the duty of reparation arise. The PCIJ established a principle of full reparation. The Court stated that "reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed" (PCIJ *Factory at Chorzów* case, 1928, p. 47). Consequently, it is important to evaluate the possible reparation forms that could be appropriate for a breach of international obligations regarding notification about the outbreaks of diseases.

First and foremost, it is important to mention that COVID-19 pandemic caused tremendous moral and material damage. Moral damage, which could not be assessed in financial terms, consisted of individual pain and suffering from loss of loved ones to this disease, psychological consequences from isolation, strict quarantine requirements. Enormous material damage was done as travel was halted, hotels and restaurants were closed and sports, entertainment events were cancelled. Due to fear and uncertainty global stock market lost about US\$6 trillion in wealth in one week. International Monetary Fund downgraded its growth projection for the global economy, as COVID-19 outbreak gave doubts about the future (Peterson, Thankom, 2020, p. 2). All in all, it is crucial to determine what kind of reparation form could be appropriate, because we could not firmly declare that other states did everything possible to avoid the mentioned damage.

According to the Draft articles, there are three possible reparation forms – restitution, compensation and satisfaction. The main objective of restitution is to re-establish the situation, which existed before the wrongful act was committed. Restitution is only available when it is materially possible to re-establish the situation and if it does not involve burden out of proportion (article 35 of Draft articles). In the case that is being analysed, the damage is caused to the whole world and virtually every state could be considered as an injured state. Overall, the damage is so enormous, that the implementation of restitution would not be appropriate.

Another form of reparation is compensation. Although, there is a possibility to financially assess material damage, yet, there is a lack of causality between a breach of IHR obligation and the caused damage. We could not surely state that if China did everything accordingly to its obligations the pandemic would not happen. ICJ concluded that causal nexus between the violation of the obligation and the caused damage was one of the requirements in order to apply compensation (ICJ case of Application of the Convention..., 2007, para. 462). Consequently, financial compensation would not be an appropriate form of reparation regarding China's responsibility.

Finally, the third form of reparation is satisfaction, which may consist of an acknowledgment of the breach, an expression of regret, a formal apology, or another appropriate modality (article 37 of Draft articles). Assurances or guarantees of non-repetition may additionally amount to a form of satisfaction (Commentary of Draft articles, 2001, p. 106). Consequently, the most realistic form of reparation, which could be applied, would be satisfaction as an acknowledgment of a breach with assurances or guarantees that China would comply with its obligations to notify timely and accurate information about the outbreaks of diseases in the future. This form of reparation would restore and repair the legal relationship affected by the breach between China and the international community and, hopefully, prevent future pandemics.

Conclusions

1. International responsibility could arise from a breach of any international obligation, regardless of its greater or lesser importance, as long as two crucial elements of state responsibility are found – the objective and subjective element. Meanwhile, additional elements of responsibility such as - damage, are not necessary elements of responsibility, unless such a requirement arises from the content of a primary obligation.
2. The analysis of sources suggests that China's conduct, at the beginning of an outbreak, was not in conformity with IHR obligations. Cases of the COVID-19 disease could have been identified earlier than China reported to WHO. Additionally, there was a lack of cooperation with WHO in providing accurate and detailed data about the ongoing situation.
3. Having in mind the minimal requirements for detection, assessment and notification about the public health events, China could have known about the outbreak of this disease, because prior to the outbreak, it should have had the sufficient infrastructure to detect serious public health events.
4. A ground for China's responsibility for the COVID-19 pandemic could be given by the ICJ advisory opinion, because this opinion could state that China breached IHR obligations by its negligent conduct. Based on this opinion other states could resolve their disputes with China using other dispute settlement mechanisms.

5. The most appropriate form of reparation could be satisfaction as an acknowledgment of a breach with assurances and guarantees of non-repetition. It would restore the legal relationship between China and international community and would, hopefully, prevent future pandemics.

Bibliography:

Legal acts:

1. Charter of the United Nations (1945).
2. Constitution of the World Health Organization (1946). [1948] UNTSer 221; 14 UNTS 185.
3. International Health Regulations (2005). [2007] UNTSer 44861; 2509 UNTS 79.

Special literature:

1. Bartolini, G. (2021). The failure of “core capacities” under the who international health regulations, *International and Comparative Law Quarterly*, 70(1), p. 233-250, <https://doi.org/10.1017/S0020589320000470>
2. Creutz, K. (2020). China’s responsibility for the Covid-19 pandemic: An international law perspective. *FIIA Working Paper 115*, p. 1-14, [interactive]. Access through the internet: https://www.fiaa.fi/wp-content/uploads/2020/06/wp115_chinas-responsibility-for-the-covid-19-pandemic.pdf [accessed 2021-02-25].
3. Hambro, A. (1954). The Authority of the Advisory Opinions of the International Court of Justice. *The International and Comparative Law Quarterly*, 3(1), p. 2-22, [interactive]. Access through the internet: <https://www.jstor.org/stable/755684?seq=1> [accessed 2021-02-25].
4. Huang, C. *et al.* (2020). Clinical feature of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China, *The Lancet*, 395(10223), p. 497-506, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30183-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30183-5)
5. International Law Commission. (2001). Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, 2(2), p. 31-143, [interactive]. Access through the internet: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf [accessed 2021-02-25].
6. Kurcharski, A. J. *et al.* (2020). Early dynamics of transmission and control of COVID-19: a mathematical modeling study. *The Lancet Infectious Diseases*, 20(5), p. 553-558, [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30144-4](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30144-4)
7. Peterson, O., Thankom, A. (2020). Spillover of COVID-19: impact on the Global Economy. P. 2-27, [interactive]. Access through the internet: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3562570 [accessed 2021-02-25].
8. Yu, X., Li, N. (2020). Understanding the beginning of a pandemic: China’s response to the emergence of COVID-19. *Journal of Infection and Public Health*, 14(3), p. 347-352, <https://doi.org/10.1016/j.jiph.2020.12.024>

Case law:

1. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* [ICJ], Judgment, 26 February 2007.
2. *Armed Activities in the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* [ICJ], Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 3 February 2006.
3. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase* [ICJ], Judgment, 5 February 1970.
4. *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior affair*, UNRIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), Decision, 30 April 1990.
5. *Factory at Chorzów (Claims for Indemnity) (Merits)* [PCIJ], PCIJ Series A, No 17, 13 September 1928.
6. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* [ICJ], Judgment, 27 September 1997.
7. *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory* [ICJ], Advisory Opinion, 9 July 2004.
8. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* [ICJ], Advisory Opinion, 8 July 1996.

Other sources:

1. BBC News. (2020). Covid: WHO to investigate virus origins in China's Wuhan. [interactive]. Access through the internet: <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-55333200> [accessed 2021-02-25].
2. Burci, G. L. (2020). The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for purpose? Blog of the European Journal of International Law, [blog] February 27. Access through the internet: <https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/> [accessed 2021-02-25].
3. Davidson, H. (2020). First Covid-19 case happened in November, China government records show – report. *The Guardian*, [interactive]. Access through the internet: <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/13/first-covid-19-case-happened-in-november-china-government-records-show-report> [accessed 2021-02-25].
4. Hegarty, S. (2020). The Chinese doctor who tried to warn others about coronavirus. *BBC News*, [interactive]. Access through the internet: <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-51364382#:~:text=Dr%20Li%20Wenliang%2C%20who%20was,his%20condition%20on%20state%20media> [accessed 2021-02-25].
5. Herman, S. (2020). Trump Tells UN to Hold China Accountable for Coronavirus. *Voanews*, [interactive]. Access through the internet: <https://www.voanews.com/usa/trump-tells-un-hold-china-accountable-coronavirus> [accessed 2021-02-25].
6. Hernández, J. C. (2021). Two Members of W.H.O Team on Trail of the Virus Are Denied Entry To China. *The New York Times*, [interactive]. Access through the internet: <https://>

- www.nytimes.com/2021/01/13/world/asia/china-who-wuhan-covid.html [accessed 2021-02-25].
7. People's Republic of China declaration under International Health Regulations. (2007). [interactive]. Access through the internet: <https://www.who.int/ihr/China2007.pdf?ua=1> [accessed 2021-02-25].
 8. Tardáguila, C., Chen S. (2020). China arrested 8 for spreading “hoaxes” about what is now known as coronavirus. What happened to them? *Poynter*, [interactive]. Access through the internet: <https://www.poynter.org/fact-checking/2020/the-2019-coronavirus-virus-lands-in-the-u-s-after-killing-17-and-taking-eight-to-prison/> [accessed 2021-02-25].
 9. The Associated Press. (2020). China didn't warn public of likely pandemic for 6 key days. [interactive]. Access through the internet: <https://apnews.com/article/virus-outbreak-health-ap-top-news-international-news-weekend-reads-68a9e1b91de4ffc166acd6012d82c2f9> [accessed 2021-02-25].
 10. University of Southampton. (2020). Early and combined interventions crucial in tackling Covid-19 spread in China. [interactive]. Access through the internet: <https://www.southampton.ac.uk/news/2020/03/covid-19-china.page> [accessed 2021-02-25].
 11. Walsh, N. P. (2020). The Wuhan files Leaked documents reveal China's mishandling of the early stages of Covid-19. *CNN*, [interactive]. Access through the internet: <https://edition.cnn.com/2020/11/30/asia/wuhan-china-covid-intl/index.html> [accessed 2021-02-25].
 12. Wang, Y., Moritsugu, K. (2020). Human-to-human transmission confirmed in China coronavirus. *The Associated Press*, [interactive]. Access through the internet: <https://apnews.com/article/travel-health-pneumonia-ap-top-news-international-news-14d7dcffa205d9022fa9ea593bb2a8c5> [accessed 2021-02-25].
 13. Worldometer. (2021). [interactive]. Access through the internet: <https://www.worldometers.info/coronavirus/> [accessed 2021-02-25].
 14. WHO Guidance for the Use of Annex 2 of the International Health Regulations (2005). (2008). [interactive]. Access through the internet: https://www.who.int/ihr/revised_annex2_guidance.pdf [accessed 2021-02-25].
 15. WHO Timeline statement. (2020). [interactive]. Access through the internet: <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline> [accessed 2021-02-25].
 16. Xinhua. (2020). China publishes timeline on COVID-19 information sharing, int'l co-operation. [interactive]. Access through the internet: http://www.xinhuanet.com/english/2020-04/06/c_138951662.htm [accessed 2021-02-25].

KINIJOS ATSAKOMYBĖ UŽ COVID-19 PANDEMIJĄ: PER TARPTAUTINĖS TEISĖS PERSPEKTYVĄ

Santrauka

Šis straipsnis analizuoja vieną iš aktualiausių šių dienų klausimų – Kinijos atsakomybę už COVID-19 pandemiją. Straipsnis pradedamas supažindinant skaitytoją su teoriniais valstybės atsakomybės pagrindais tarptautinėje teisėje. Toliau yra analizuojamos prielaidos Kinijos atsakomybei už šią pandemiją. Tarptautiniai įsipareigojimai, galioję ligos protrūkio metu, lyginami su konkrečiais Kinijos institucijų veiksmais ar neveikimu. Galiausiai straipsnyje yra pateikiamos galimybės spręsti šį klausimą nurodant galimus atsakomybės sprendimo mechanizmus, taip pat, parenkant tinkamiausią atsakomybės rūšį už galimą įsipareigojimų pažeidimą.

CHINA'S RESPONSIBILITY FOR THE COVID – 19 PANDEMIC: AN INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE

Summary

This article analyses one of the most relevant topics these days – China's responsibility for the COVID-19 pandemic. Article begins by introducing the reader to theoretical state responsibility grounds. Further, preconditions for China's responsibility for this pandemic are analysed. International obligations, in force at the time of an outbreak, are compared with specific actions or omissions of Chinese institutions. Finally, article provides the possible ways to resolve China's responsibility question by applying various legal frameworks, additionally selecting the most appropriate form of reparation.

NUOTOLINIO TEISMŲ DARBO LIETUVOJE GALIMYBĖS IR PERSPEKTYVOS

Arnas Malakauskas, Raminta Matulytė

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto 4-o kurso studentai

Saulėtekio al. 9, I rūmai, 10222 Vilnius

El. paštas: arnasmalakauskas@gmail.com; matulyte.raminta@gmail.com

Darbo vadovas: Dr. Donatas Murauskas

Santrauka. Straipsnyje analizuojamos nuotolinio teismų darbo galimybės ir perspektyvos Lietuvoje. Remiantis tarptautiniais dokumentais, teisės aktais ir doktrina, Nacionalinės teismų administracijos pateikta informacija bei teisėjų ir advokatų apklausų rezultatais pateikiamos išvalgos dėl nuotolinio baudžiamųjų bylų nagrinėjimo COVID-19 pandemijos metu. Atlikta teismų nuotolinio darbo įtakos baudžiamojo proceso dalyvių teisėms ir pareigoms analizė. Pateikiamos išvalgos dėl teismų nuotolinio darbo reglamentavimo ir praktikos ateityje.

Pagrindiniai žodžiai: nuotolinis teismų darbas, baudžiamasis procesas, proceso dalyvių teisės ir pareigos.

Summary. This article analyses the topic of opportunities and perspectives of remote proceedings of the courts of Lithuania. Based on international documents, legal acts and legal doctrine, information provided by the National Courts Administration, interviews with judges and attorneys, the situation of remote criminal proceedings in the context of the COVID-19 pandemic is presented. An analysis of the impact of remote proceedings of courts on the rights and obligations of participants in criminal proceedings was also performed. This article provides insights into the legal regulation and practice of remote proceedings of courts in the future.

Key words: remote proceedings, criminal proceedings, rights and obligations of the participants in the proceedings.

Išvadas

„Šiuo metu mes rengiame nuotolinius posėdžius, nes kitokios išeities tiesiog neturime ekstremalios situacijos metu. Tačiau kai situacija pasikeis – nesant teisinio reguliavimo negalėsime tęsti nuotolinių teismo posėdžių. Jeigu būtų priimti įstatymo pakeitimai, būtų labai gerai, nes teismo posėdžių nagrinėjimai galėtų būti efektyvesni ir greitesni.“ – tyrimo metu kalbinta (-s) teisėja (-s).

2019 metų pabaigoje pradėjęs plisti SARS-CoV-2 (toliau – COVID-19) virusas pakeitė daugelį visuomenės gyvenimo veiklos sričių. Įprastas gyvenimo ritmas buvo sustabdytas ligos plitimo kontroliavimo priemonėmis – taikomi veiklų, susibūrimų apribojimai, lėmę ir teismų darbo pokyčio poreikį. Nuo 2020-03-16 Lietuvos Respublikos Vyriausybės nutarimu šalyje įvedus visuotinį karantiną Lietuvos teismai buvo priversti ieškoti būdų, kaip tęsti darbą karantino sąlygomis. Iššūkiai teismų darbui nesibaigę paskelbus ir antrąjį karantiną šalyje. Pavyzdžiui, 2020 m. gruodžio 28 d. Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministerija paskelbė atnaujintas rekomendacijas, kuriose, *inter alia*, teismams rekomenduojama teismo darbą organizuoti ir klientus aptarnauti nuotoliniu būdu, o kontaktinius teismo posėdžius rengti tik išskirtiniais atvejais, kai jų negalima nukelti vėlesniam laikui.

Kaip pažymi teisėjų tarybos pirmininkė S. Rudėnaitė: „ne kiekvieną bylą šiandien galime išnagrinėti nuotoliniu būdu, tačiau nesame vieni ieškodami sprendimų – nuotolinio bylų nagrinėjimo problematika tapo tarptautinių diskusijų objektu, svarstomos tiek tokio proceso galimybės, tiek galimos grėsmės asmenų teisei į teisingą teismą“ (S. Rudėnaitė: principinis teisėjų tarybos siekis...2020). Proceso teisės požiūriu kyla diskusinių klausimų: kokia yra nuotolinio teismų darbo ateitis, ar veiksmai, atliekami nuotoliniu būdu, gali padėti užtikrinti sėkmingesnį proceso teisės principų įgyvendinimą bei ilgainiui pakeisti gyvą teismo procesą?

Siekdami atsakyti į klausimą – kokie sprendimai buvo priimti dėl teismų darbo nuotoliu ir su kokiais iššūkiais susidūrė teismų sistema? – iškėlėme tikslą išanalizuoti nuotoliu vykdomus baudžiamųjų, civilinių, administracinių ir konstitucinių bylų nagrinėjimo ypatumus. Tačiau, atlikę pirminę analizę, įvertinę tyrimo lauko ribas, nustatėme siauresnį **tikslą** –analizuoti nuotolinį Lietuvos teismų darbą nagrinėjant baudžiamąsias bylas. Taip pat įvertinome, kad baudžiamasis procesas santykinai yra laikomas jautresniu žmogaus teisių užtikrinimo aspektu, todėl čia įžvelgėme daugiau nuotolinio teismo darbo iššūkių proceso dalyvių teisėms lyginant su asmenimis, dalyvaujančiais kituose teisminiuose procesuose. Atlikdami tyrimą siekėme įvertinti esamą teismų nuotolinio darbo (laikotarpiams nuo 2020-03-16 iki 2020-06-16 bei nuo 2020-11-04 iki dabar) padėtį ir pateikti įžvalgas dėl jo gerinimo, atsižvelgiant į tai, kad ketvirtosios pramonės revoliucijos ir naujų technologijų vystymosi kontekste teisinė sistema yra vis labiau stumiama arčiau reformų slenksčio. Šis darbas teikiamas 2021 m. kovo 2 d., todėl vėlesnės karantino režimo aktualijos bylų nagrinėjimo metu nėra aptariamos.

Rengdami šį darbą analizavome šiuo metu galiojančią nacionalinę teisinį reguliavimą, vertinome kitų valstybių gerąją praktiką, teisės mokslininkų nuomones ir tarptautinių organizacijų rekomendacijas dėl nuotolinio teismų darbo. Siekdami atskleisti ne tik formalias taisykles, bet ir praktinius iššūkius pateikėme prašymą Nacionalinei teismų administracijai (toliau – NTA) dėl informacijos apie teismų darbą visuotinio karantino metu. Lygiagrečiai atlikome pusiau struktūrizuotus interviu su skirtingų instancijų teisėjais ir advokatais¹, kurie ne tik atskleidė praktinius pandemijos iššūkius teismams, bet ir pasidalijo įžvalgomis dėl nuotolinio teismų darbo perspektyvų Lietuvoje.

1. Nuotolinio teismų darbo prielaidos ir galimybės

Vieta apribota ar sienų neturinti institucija – kas yra teismas? Štai klausimas, į kurį atsakymas gali padėti nubrėžti nuotolinio teismų darbo perspektyvą. Dar iki COVID-19 teisės mokslininkai kėlė klausimą, ar šiuolaikinių technologijų pasaulyje, kur daug gyvenimo sričių persikėlė į skaitmeninę erdvę, teismai gali egzistuoti tik fiziškai esančioje teismo salėje (Susskind, 2020)? Vertinant semantinę žodžio „teismas“ prasmę, Dabartinės lietuvių kalbos žodyne šis žodis savyje nekoduoja vienprasmio suvokimo, nes žodžio reikšmė apima tiek teisingumo vykdomąjį institutą, tiek teismą kaip įstaigą (Lietuvių kalbos išteklių informacinė sistema...2020). Vis dėlto, klausimas dėl fizinės teismo salės būtinybės yra gana komplikotas – nors teisinėje literatūroje galima rasti įžvalgų, kad nuotolinis procesas gali užtikrinti efektyvesnį teisės į teisingą bylos nagrinėjimą įgyvendinimą, tačiau taip pat kyla klausimas dėl sudėtingų iššūkių teisingumo, skaidrumo ir proceso viešumo užtikrinimui.

Lietuvos Respublikos Konstitucijos 30 str. nustatyta, kad asmuo, kurio teisės ir laisvės yra pažeidžiamos, turi teisę kreiptis į teismą (Lietuvos Respublikos Konstitucija..., 1992). Ši nuostata įtvirtinta ir tarptautiniuose teisės aktuose – 1966 metų Tarptautinio pilietinių ir politinių teisių paktą (Tarptautinis pilietinių ir politinių teisių..., 1996) (toliau – TPPTP) 2 str. 3 d., 1950 m. lapkričio 4 d. Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos (Europos žmogaus teisių ir pagrindinių..., 1950) (toliau – EŽTK) 6 str. Europos Žmogaus Teisių Teismas (toliau – EŽTT) pabrėžia, kad teisė kreiptis į teismą teisminės gynybos turi būti reali ir prieinama (Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimas..., 1979). Tai reiškia, kad valstybė yra įpareigota sudaryti protingas sąlygas šiai teisei įgyvendinti. Teisės kreiptis į teismą teisminės gynybos prieinamumas, kaip buvo minėta, įtvirtintas EŽTK 6 str. 1 d., kuri nurodo, kad nustatant kiekvieno asmens civilines teises ir pareigas, asmuo turi teisę, kad jo byla būtų nagrinėjama pagal įstatymą sudaryto nepriklausomo ir nešališko teismo. COVID-19 pandemijos kontekste

¹ Tyrimo metų buvo apklausti – Vilniaus apylinkės, Mažeikių apylinkės, Kauno apylinkės, Lietuvos aukščiausiojo teismo teisėjai. Taip pat advokatai, dalyvaujantys baudžiamosiose bylose. Klausimai, pateikti respondentams pridedami priede Nr. 1

ši nuostata įgyja ypatingą reikšmę, atsižvelgiant į tai, kad pandemija nesustabdo šios nuostatos galiojimo t. y. valstybės turi užtikrinti teisminės gynybos prieinamumą net ir išskirtinėmis sąlygomis.²

Tačiau ir ne pandemijos laikotarpiu teisminės gynybos prieinamumo ir teisės į teisingą bylos nagrinėjimą problema kėlė globalų susirūpinimą. Pavyzdžiui, valstybėse, kurios laikomos technologijų taikymo valstybiniame sektoriuje etalonu, ginčų sprendimas valstybiniuose teismuose paprastai užtrunka per ilgai, kainuoja per daug, procesą apsunkina ir faktas, kad labai daug procesinių subtilybių yra suprantamos tik teisės profesionalams (Global Insights on Access to..., 2019). Šių esminių problemų priežastys gali būti labai įvairios – nepakankamas valstybinis finansavimas teisei sistemai, per didelis biurokratinis teismų aparatas, apribotas prieinamumas prie aktualių duomenų, kurie yra būtini visapusiškam teisės kreiptis į teismą įgyvendinimui ir kt. Nors atrodytų, kad teisės kreiptis į teismą prieinamumas yra svarbus daugiausia civilinėse ar administracinėse bylose, baudžiamosiose bylose šis aspektas yra svarbus vertinant asmenų galimybę pasikviesti gynėją ar atstovą, taip pat teisinės pagalbos padėtį valstybėse.

Nors aktyviau diskutuoti apie nuotolinius teismų posėdžius pradėta tik COVID-19 kontekste, nuotolinis teismų darbas nėra nauja sąvoka teisinėje sistemoje. Galima išskirti kelias **nuotolinio teismų darbo rūšis** (Susskind, 2020):

- 1) tik garsu atliekami proceso veiksmai, kai naudojamas telefonas ar tik garso perdavimo įranga. Tik garsu atliekamus proceso veiksmus taip pat galima skirstyti – mišrus posėdis – tai yra, kai vyksta fizinis posėdis, į kurį kai kurie proceso dalyviai yra prijungti garsu – arba visiškai tik garsu atliekami proceso veiksmai – tai yra, kai nevyksta joks fizinis posėdis ir visi proceso dalyviai dalyvauja tik prisijungę garso perdavimo priemonėmis,
- 2) vaizdo konferencijos, kai veiksmai yra atliekami naudojant „Zoom“, „Microsoft Teams“ ar kitą panašią konferencinių skambučių programą. Lygiai taip pat ir šiuo atveju galima išskirti mišrų posėdį – kai vyksta ir fizinis posėdis – arba veiksmus, atliekamus vien vaizdo konferencijomis, kai joks gyvas posėdis nevyksta ir
- 3) rašytinis, pakankamai plačiai taikomas ir Lietuvos teismų praktikoje – turbūt labiau aktualesnis civilinio ar administracinio proceso bylose bei baudžiamajame procese nesant įrodymų tyrimo (pvz. kasacinėje instancijoje).

Mūsų vertinimu, nuotolinis teismų darbas nėra tik alternatyvi priemonė, padedanti užtikrinti teismų darbo tęstinumą ekstremalių situacijų metu. Galima išskirti nuotolinių posėdžių organizavimo įprastinėmis sąlygomis privalumus ir sprendžiamas problemas:

² Svarbu paminėti, kad nors tiek TPPTP (4 str.), tiek EŽTK (15 str.) leidžia nepaprastosios padėties atveju nukrypti nuo įsipareigojimų pagal šiuos tarptautinių žmogaus teisių apsaugos instrumentus, šiam nukrypimui valstybės narės privalo pateikti deklaraciją. Atsižvelgiant į tai, kad net ir šalyje paskelbus nepaprastąją padėtį COVID-19 pandemijos pradžioje, Lietuva nepateikė tokių deklaracijų, daroma išvada, kad jokie tarptautiniai standartai dėl teisės į teisingą bylos nagrinėjimą nenustoję galioti.

- 1) Kai dėl objektyvių priežasčių proceso dalyvis negali atvykti į teismo posėdžių salę ar vykimas į teismą sukeltų didelių nepatogumų (pavyzdžiui, kai proceso dalyvis yra užsienyje), nuotolinis teismo posėdis yra laiką taupanti ir ekonomiškai alternatyva.
- 2) Nuotoliniai teismų posėdžiai tam tikrais atvejais padeda efektyvinti teismų darbą ir pagreitinti bylų nagrinėjimą (pavyzdžiui, kai byloje nėra daug proceso dalyvių ar sprendžiamas santykinai „nesudėtingas“ ginčas).
- 3) Proceso dalyviams suteikus alternatyvią galimybę rinktis, kad jų byla būtų nagrinėjama nuotoliniu būdu, teismų teikiama „paslauga“ tampa patogesnė jos „vartotojui“ (angl. *user-friendly approach*).
- 4) Nuotoliniai teismų posėdžiai, lyginant su gyvais teismų posėdžiais, yra ne tokie formalūs ir oficialūs, todėl proceso dalyviai, turėdami galimybę dalyvauti teismo posėdyje iš jiems „psichologiškai saugios“ aplinkos, jaučia mažiau baimės.

Dar iki COVID-19 sukeltos būtinybės teismų darbą organizuoti nuotoliniu būdu, buvo pradėta rinkti informacija apie nuotolinio teismų darbo problemas: ribotas teisminių procesų dalyvių skaitmeninis raštingumas, vertėjo dalyvavimo užtikrinimas, atliekamų procesinių veiksmų pertraukiamumas dėl prasto interneto ryšio, privatumo ir saugumo standartų užtikrinimas naudojant vaizdo konferencijų programinę įrangą (Remote Courts Worldwide). Taip pat pastebėta, kad garso ir vaizdo perdavimo priemonėmis vykdomi posėdžiai yra labiau varginantys ir trunka ilgiau bei reikalauja daugiau pertraukų. Nuotolinis darbas taip pat kelia daugiau iššūkių tuose teismuose, kuriuose vis dar vyrauja popierinė dokumentų valdymo sistema (Susskind, 2020). Užsienio teisės mokslininkai atkreipia dėmesį į sudėtingą liudytojų duotų parodymų vertinimą baudžiamosiose bylose – yra teigiančių, jog siekiant nustatyti, ar asmuo sako tiesą, privaloma su juo būti vienoje patalpoje. Kiti, vis dėlto, teigia, kad matyti proceso dalyvių reakcijas galima ir nuotolinėmis priemonėmis. Dar viena aistringų diskusijų tema – ar nuotoliniame posėdyje galima išsaugoti teismo „didingumą“? Vertinant šį klausimą reikėtų atsižvelgti į tai, ar vaizdo konferencija gali atstoti gyvame posėdyje užtikrinamą pagarbą teismui ir ar tai nemenkina pačios teismo idėjos (Susskind, 2020).

Iki COVID-19 pandemijos nuotolinis teismų darbas buvo kur kas plačiau taikomas civilinėse ir administracinėse bylose ne tik užsienyje, bet ir Lietuvoje. Pavyzdžiui, civilines ir administracines bylas nagrinėjantys teisėjai ir tokiose bylose dalyvaujantys asmenys gali vadovautis beveik prieš dešimtmetį patvirtintomis nuotolinių posėdžių organizavimo, jo eigos fiksavimo gairėmis.³ Tačiau negalima teigti, kad ir baudžiamajame procese nebuvo taikomi atskiri nuotolinio darbo veiksmi. Šiuo metu Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodeksas (toliau – BPK) numato, jog tam tikrus proceso

³ Lietuvos Respublikos teisingumo ministro 2012 m. gruodžio 7 d. įsakymas Nr. 1R-309 „Dėl Vaizdo konferencijų ir telekonferencijų technologijų naudojimo nagrinėjant civilines ir administracines bylas tvarkos aprašo patvirtinimo“.

veiksmus galima atlikti nuotoliniu būdu, tai yra „garso ir vaizdo nuotolinio perdavimo priemonėmis.“⁴

Esamos BPK nuostatos nurodo, jog iš esmės BPK dar iki visuotinės pandemijos leido tam tikrus baudžiamojo proceso veiksmus atlikti ir kai kurių baudžiamojo proceso dalyvių dalyvavimą užtikrinti būtent nuotoliniu būdu. Atlikę teisėjų apklausas, pastebėjome, jog BPK numatytos nuotoliu atliekamų veiksmų galimybės buvo pakankamai aktyviai taikomos teismų praktikoje ir iki pandemijos. Tai ypač galima pastebėti užtikrinant asmenų, esančių pataisos įstaigose, dalyvavimą – pataisos įstaigose dar iki visuotinės COVID-19 pandemijos buvo įrengta saugi nuotolinio vaizdo ir garso perdavimo įranga, kuria, atliekant baudžiamojo proceso veiksmus teisme, būdavo susisiekiama su pataisos namuose, areštinėse ar tardymo izoliatoriuose esančiais proceso dalyviais. Lietuvos Respublikos Konstitucijos 20 str. 3 d. įtvirtinta, kad nusikaltimo vietoje sulaikytas asmuo per 48 valandas turi būti pristatytas į teismą, kur sulaikytajam dalyvaujant sprendžiamas sulaikymo pagrįstumas. Apibendrinant R. Merkevičiaus nuomonę, galima teigti, kad jis kritiškai vertina teisėjų poziciją, kad sulaikyto asmens nebūtina pristatyti į teismą ir kad suėmimo klausimas gali būti sprendžiamas „nuotoliniu būdu“. Kitas pavyzdys, kurį interviu metu pateikė respondentai, buvo asmenys, esantys užsienyje ir negalintys atvykti į teismo posėdį Lietuvoje. Tokiu atveju dar iki COVID-19 pandemijos buvo taikoma teisinės pagalbos praktika, kai asmuo (įprastai liudytojas) būdavo apklausiamas nuotolinėmis priemonėmis Lietuvos ambasadoje užsienyje.

Vertinant BPK numatytas išimtis daroma išvada, kad įstatymų leidėjas dar iki visuotinės pandemijos atkreipė dėmesį į galimybę gyvai atlikti tam tikrus veiksmus dalyvaujant ne visiems proceso dalyviams. Tokių reguliavimų iš esmės lėmė siekis užtikrinti, kad išimtiniais atvejais, kai proceso dalyviai dėl objektyvių priežasčių negali dalyvauti teismo posėdyje (pavyzdžiui, kai liudytojai yra užsienio valstybėje), būtų užtikrintas proceso nepertraukiamumas bei ekonomiškumas.

2. Nuotolinio teismų darbo problemos Lietuvoje

Apribojus kontaktus tarp asmenų, teismai turėjo ieškoti alternatyvių būdų, kurie leistų užtikrinti bylų nagrinėjimo tęstinumą. Nors tiek NTA, tiek atskirų teismų administracijos dėjo pastangas užtikrinti nepertraukiamą baudžiamųjų bylų nagrinėjimą, neišvengta iššūkių. Mūsų nuomone svarbiausi buvo šie:

⁴ Tokios išimties yra numatytos vertėjo veiksmų atlikimui (BPK 43 str.), suimtojo dalyvavimui BPK numatytais atvejais (BPK 127 str. 6 d., 130 str.), liudytojo apklausai, kai liudytojui taikomos apsaugos nuo nusikalstamo poveikio priemonės arba jis dėl kitų priežasčių negali atvykti liudyti (BPK 183 str. 4 d., BPK 279 str. 7 d., BPK 282 str. 4 d.), kaltinamojo dalyvavimui (BPK 233 str. 5 d., BPK 246 str. 1 d.), eksperto dalyvavimui (BPK 285 str.), nuteistojo, išteisintojo, asmens, kuriam byla nutraukta, taip pat asmens, kuriam paskirtos ar nepaskirtos priverčiamosios medicinos priemonės, dalyvavimui teismo posėdyje kasacinėje instancijoje (BPK 375 str.).

- 1) išlaikyti pakankamą teismo prieinamumą ir atliekamų veiksmų kokybę, įskaitant ir proceso dalyvių teisių apsaugą, kol fiziniai teismai yra uždaryti,
- 2) užtikrinti, kad bylų kiekis, kuris kaupiasi, kol teismų sistema nesugeba atlaikyti darbo krūvio dėl atidedamų procesinių veiksmų atlikimo, nesudarytų sąlygų nepagrįstam baudžiamojo proceso vilkinimui,
- 3) aprūpinti teismus reikalingomis technologinėmis priemonėmis, kurios leistų nagrinėti bylas nuotoliniu būdu bei užtikrinti teisėjų pasirėngimą proceso veiksmus atlikti nuotoliu būdu.

Tyrime dalyvavusių respondentų teigimu, būtina atskirti situaciją teismuose pirmojo karantino metu (t. y. Lietuvos Respublikoje galiojusio nuo 2020-03-16 iki 2020-06-16) bei šio darbo rašymo metu vis dar galiojančio visuotinio karantino, įvesto 2020-11-04 (Lietuvos Respublikos Vyriausybės nutarimas dėl...2020). Pasak respondentų viena esminių problemų buvo aiškių rekomendacijų, kaip toliau organizuoti teismo posėdžius, nebuvimas. Nors 2020-03-16 Teisėjų taryba išleido raštą dėl teismų funkcijų vykdymo karantino laikotarpiu (Teisėjų tarybos raštas dėl teismų...2020), pats raštas buvo pakankamai lakoniškas ir nesuteikė procesinio aiškumo nei teismams, nei asmenims, kurių bylos nagrinėjamos teismuose. Rašte aprašytas bylų nagrinėjimo prioritetas ir apsaugos priemonės, bet ne rekomendacijos, kaip atlikti atskirus procesinius veiksmus. Bendrąja taisykle tapo tai, kad visi gyvi posėdžiai, išskyrus tuos, kurie turi būti nagrinėjami netidėliotinais atvejais, turėjo būti atšaukiami. Tyrime dalyvavę teisėjai atskleidė, jog iš esmės šios rekomendacijos ir buvo laikomasi – priešingai nei bylos, kurias galima nagrinėti rašytinio proceso tvarka (bylas kasacinėje instancijoje baudžiamajame procese ir daugumą bylų civiliniame ar administraciniame procese), baudžiamosios bylos, nesusijusios su suėmimo klausimų sprendimu, buvo atidėtos iki karantino pabaigos. Nors atrodytų, kad kasacinėje instancijoje neturėjo kilti didesnių problemų dėl teismo darbo tęstinumo, kadangi didžioji dalis bylų yra nagrinėjamos rašytinio proceso tvarka, Lietuvos Aukščiausiojo Teismo (toliau – LAT) teisėja (-s) teigia, kad bylų nagrinėjimas pirmojo karantino metu taip pat buvo sustojęs, tačiau įprastą darbo krūvį pavyko pasivyti gana greitai po karantino atšaukimo. Teisėjų teigimu, pirmojo karantino metu žodiniai posėdžiai, vykdomi garso ir vaizdo perdavimo priemonėmis, buvo daugiau išimtis iš taisyklės nei bendrai taikyta praktika, kas iš esmės pasikeitė antrojo karantino metu.

Tikėdamiesi antros COVID-19 bangos teismai kur kas intensyviau ruošėsi galiams iššūkiams – teismų administracijos aktyviai dirbo, siekdamos užtikrinti techninę teisėjų aprūpinimą nešiojamaisiais kompiuteriais ir kita kompiuterine įranga⁵ bei įsigyti sertifikuotas garso ir vaizdo perdavimo programas nuotolinių posėdžių organizavimui. NTA mums pateiktame atsakyme nurodė, kad kiekvienas teismas buvo aprūpintas

⁵ Pavyzdžiui, apklausos metu vieno iš apylinkės teismų teisėjas teigė, kad pirmojo karantino metu teismas turėjo tik tris nešiojamus kompiuterius, todėl nors teoriškai nuotoliniai teismo posėdžiai vykti galėjo, tačiau praktiškai nebuvo tam skirtos techninės įrangos.

„Zoom“ vaizdo konferencijų platformos licencijomis bei papildomais centralizuotos teismų sistemos vaizdo konferencijų įrangos komplektais. Vis dėlto, tiek NTA, tiek kalbinti teisėjai nurodė, kad bylos teisme nagrinėjimą organizuoja, taip pat ir sprendžia, kokią technologinę įrangą naudoti, bylą nagrinėjantis teisėjas, todėl procesiniai veiksmai gali būti atliekami ir naudojant kitą vaizdo konferencijų platformą. Interviu metu teisėjai pažymėjo, kad nebuvo organizuojami nuotolinių posėdžių organizavimui skirti mokymai, kaip vykdyti nuotolinius posėdžius ar naudotis nuotolinėmis darbo priemonėmis, todėl nuotolinių posėdžių (ne)organizavimas priklausė nuo pačių teisėjų – jų įgūdžių, motyvacijos mokytis, požiūrio į nuotolinį darbą. Pavyzdžiui, tie teisėjai, kurie neturėjo įgūdžių naudotis telekonferencijų programomis teismo posėdžius nukeldavo, o teisėjai, kurie savo pastangomis išmoko naudotis šiomis programomis, buvo linkę organizuoti nuotolinius posėdžius. Vis dėl to, reikia pažymėti, kad kai kurie teisėjai savo iniciatyva ėmėsi kurti mokomuosius vaizdo įrašus, kuriuose nuotolinių posėdžių organizavimo praktika ir kitiems praktiniais patarimais dalijosi su kolegomis.

Pagal NTA pateiktus duomenis 2020 m. Lietuvos teismuose organizuotų nuotolinių teismo posėdžių skaičius stipriai išaugo lyginant su praėjusiais metais ir siekė 3865 (2019 m. – 2612). Iš viso, naudojant nuotolinio bendravimo įrankį „Zoom“ buvo surengti 10 973 susitikimai. Turint omenyje aukščiau išskirtas nuotolinio darbo rūšis, teisėjai patvirtino, jog vien garso perdavimo priemonėmis procesiniai veiksmai Lietuvoje nebuvo atliekami – dažniausiai naudotasi konferencinių pokalbių įranga – tiek kai visi proceso dalyviai dalyvauja nuotoliniu būdu, tiek mišriai – kai dalis asmenų dalyvauja gyvai. Taip pat, buvo taikomas rašytinis procesas tais atvejais, kai jis buvo įprastas iki COVID-19 pandemijos (pvz., rašytinis procesas kasacinėje instancijoje).

Taigi, pirmojo karantino metu teismus sukaustė stagnacija ir aiškių gairių dėl teismų darbo tęstinumo užtikrinimo trūkumas, todėl ir nuotoliniai posėdžiai buvo daugiau išimtis iš taisyklės nei bendra praktika. Antrojo karantino ribojimus teismai pasitiko labiau pasiruošę – buvo suteiktos nuotoliniam darbui reikalingos priemonės, tačiau reikia konstatuoti ir tai, kad teisėjams nebuvo organizuojami mokymai dėl to, kaip suteiktomis priemonėmis reikėtų naudotis. Vertinant aptartus iššūkius reikėtų atkreipti dėmesį, kad turint ambiciją ir ateityje jei ne visą baudžiamąjį procesą, tai bent jau atskirus veiksmus perkelti į nuotolinę erdvę, reikia užtikrinti teisėjų kompetencijų tobulinimą ne tik savarankiškais teisėjų iniciatyvomis, bet ir centralizuotu mastu. Kitas aspektas, į kurį reikia atsižvelgti, tai naudojamos vaizdo konferencijų programos – nors NTA patvirtino, kad teismams buvo parūpintos sertifikuotos „Zoom“ programos, atsižvelgiant į duomenų apsaugos ir saugumo reikalavimus ateityje būtų galima svarstyti apie atskiros nuotolinio teismų darbo skirtos sistemos sukūrimą. Tam tikros užuomazgos šiuo metu veikia tarp teismų ir pataisos įstaigų, tačiau visuotinai prieinamesnės sistemos sukūrimas ir įdiegimas užtikrintų ne tik sertifikavimo ar duomenų perdavimo į trečiąsias šalis problemą, tačiau galėtų būti ir įrankis patikrinti į teismo posėdį prisijungusių asmenų tapatybę – pavyzdžiui, jeigu jungimasis vykėtų naudojant elektroninius valdžios vartus.

Kalbant apie iššūkius, susijusius su teisiniu reguliavimu, svarbu paminėti, kad pagal BPK 246 str., nagrinėjant baudžiamąją bylą teisme, dalyvauti teisiame posėdyje „garso ir vaizdo nuotolinio perdavimo priemonėmis“ gali tik kaltinamasis. Šiame kontekste gana keistai atrodo Teisėjų tarybos 2020 m. spalio 30 d. raštas, o būtent jo punktas, rekomenduojantis „teismo posėdžius organizuoti nuotoliniu būdu <...> proceso dalyvių dalyvavimą teismo posėdyje užtikrinti nuotoliniu būdu“. Akivaizdu, kad yra didelis poreikis įtvirtinti platesnes galimybes nuotolinių teismų posėdžių organizavimui. Vis dėlto svarbu neskubėti priimti šių priemonių, tinkamai neįvertinus nuotolinio teisingumo procedūrų poveikio žmogaus teisėms ir ypač pasekmių teisei į teisingą teismą. Kaltinamiesiems privaloma užtikrinti, kad jie veiksmingai naudosis savo teisėmis, net kai jie fiziškai nedalyvauja teisme ir negali asmeniškai susitikti su savo advokatais. Bendroji taisyklė yra tokia, kad įtariamajam/kaltinamajam turi būti sudaryta galimybė fiziškai būti teismo salėje ir dalyvauti bylos nagrinėjime tam, kad nebūtų pažeista asmens teisė į gynybą. Ypač antrojo karantino metu Lietuvos teismuose nagrinėti bylas prokurorui bei gynėjui dalyvaujant vaizdo konferencijų būdu tapo įprasta praktika, tačiau pagal BPK tokios galimybės nėra.

Ar COVID-19 metu susiklosčiusi teismų praktika reiškia, kad teismai netinkamai taiko BPK ir tai galėtų sudaryti terpę ateityje tokiu būdu nagrinėtas bylas skųsti šiuo pagrindu? Formaliai aiškinant BPK tokia problema galėtų kilti, tačiau tiek teisėjai, tiek kiti mūsų kalbinti ekspertai sutaria, kad svarbiausias tokiais atvejais yra proceso dalyvių sutikimas – jeigu būtų prieštaravimas posėdį organizuoti nuotoliniu būdu, teismas būtų įpareigotas ieškoti alternatyvos, kad nebūtų pažeistos proceso dalyvių teisės į teisingą teismo procesą. Manome, kad jeigu įstatymų leidėjas nuspręs įtvirtinti visapusiškesnį teismų nuotolinio darbo reguliavimą (kas atsižvelgiant į šių dienų kontekstą yra reikalinga), jame turi būti įtvirtinta sąlyga, kad byla gali būti nagrinėjama nuotoliniu būdu tik tuo atveju, jeigu yra gaunamas visų proceso dalyvių sutikimas. Ši sąlyga yra būtina atsižvelgiant į nuotolinio darbo keliamus pavojus proceso dalyvių teisėms, taip pat į tai, kad ne visi proceso dalyviai yra pasiekę reikiamą kompiuterinio raštingumo lygį ir apsirūpinę tinkamomis priemonėmis. Iš kitos pusės, tinkamomis technologinėmis priemonėmis proceso dalyvius galima aprūpinti bendradarbiaujant su valstybinėmis institucijomis – pavyzdžiui, įrengus ar pritaikius savivaldybių pastatuose patalpas, kuriose asmenys galėtų dalyvauti nuotoliniuose teismų posėdžiuose. Tokiu būdu proceso dalyviai galėtų išvengti ir išlaidų, kurios susidaro dėl kelionių į teismus. Taip pat būtų užkertama galimybė dėl techninių priežasčių ar sąmoningai piktnaudžiaujant vilkinti bylos nagrinėjimą atsijungiant iš konferencinių skambučių programos. Tad svarbu yra BPK numatyti, kad ne tik kaltinamasis, bet ir kiti proceso dalyviai galėtų dalyvauti nuotoliniu būdu.

Kitas svarbus aspektas yra, kad norint, kad nuotolinis teismų darbas Lietuvoje ne tik įsitvirtintų, bet ir užtikrintų proceso dalyvių teises, tinkamą rungimosi principo procese įgyvendinimą, kas atskirų veiksmų, bet viso baudžiamojo proceso perkėlimas į

nuotolinę erdvę teisminėje stadijoje pagal BPK turėtų būti galimas tik esant visų proceso dalyvių sutikimui. Tačiau kalbant apie reguliavimo, esant sutikimui įvedimą, svarbu numatyti ir saugiklius, kaip būtų galima pasinaudoti savo teise atšaukti sutikimą – kaip tokiu atveju teismas turėtų elgtis – ar pereiti vėl į fizinį posėdį, iki kurios stadijos tokį sutikimą būtų galima atšaukti ir kt.

Svarbus aspektas, kurį teisėjai išskyrė kaip keliantį daug iššūkių nuotoliniam teismų darbui, tai įrodymų tyrimas. Pavyzdžiui, nagrinėjant bylą nuotoliniu būdu sunku užtikrinti proceso dalyvių teisę apžiūrėti daiktinius įrodymus, ypač tais atvejais, kai daiktinį įrodymą norima apžiūrėti jį fiziškai paimant į rankas (BPK 242 str. 1 d.). Teisėjų apklausų metu vienas (-a) teisėjas (-a) nurodė galimą šios problemos sprendimo būdą – skelbti posėdžio pertrauką, kad proceso dalyviai galėtų atvažiuoti ir apžiūrėti daiktinį įrodymą kiekvienam proceso dalyviui paskirtu laiku. Kita išskirta problema yra ta, kad nėra galimybių nuotoliniu būdu apklausti liudytojus, kadangi nėra galimybės užtikrinti, kad liudytojai duotų parodymus be pagalbos iš šalies, taip pat neužtikrinamas liudytojų tarpusavio nesusižinojimas. R. Merkevičius taip pat kelia klausimą, ar „nuotoline forma“ apklausiant liudytojus galima sukurti su jais reikiamą psichologinį kontaktą, stebėti jų veido ir kūno kalbą duodant parodymus (kaip tą padaryti, jei apklausiamas asmuo yra su nosį ir burną dengiančia kauke?). Kita problema, kurią apklausos metu išskyrė advokatas (-ė) – teisminiame procesui vykstant nuotoliniu būdu dėl techninių galimybių stokos prarandama galimybė teikti „siurprizinius“ įrodymus t. y. dingsta netikėtumo faktorius įrodymų tyrimo ir jų vertinimo metu. Nors dauguma kalbintų respondentų sutinka, kad esant gyvam posėdžiui matyti proceso dalyvių kūno kalbą, mimikas, intonaciją yra labai svarbu, siekiant nuspėti, ar asmuo meluoja, kaip reaguoja į proceso eigą ir kt., kaip minėta aukščiau, teisės doktrinoje (pvz. R. Susskind analizėse) pateikiamas prieštaravimas, kad ir nuotoliui atliekamų veiksmų metu tai yra visiškai įmanoma. Atsakant į respondentų nuogastavimus dėl ribotos galimybės pateikti siurprizinius įrodymus nuotolinio posėdžio metu ar suteikti galimybę įrodymus apžiūrėti, reikėtų tiek numatyti teisiniame reguliavime, tiek sudaryti technologines galimybes pateikti išsamius daiktinių įrodymų vaizdo įrašus. Jeigu būtų sudaryta tvarka, kaip daiktinius įrodymus iš anksto nufilmuoti (galbūt net pateikti 3D projekcijas), taip pat sudaryti galimybę ne tik prokurorams, bet ir gynėjams tokius įrašus pateikti teismo posėdžio metu, pavyzdžiui, dalinantis ekranu, būtų sunku kategoriškai teigti, kad ir toliau būtų ribojamos galimybės pateikti siurprizinius įrodymus ar tinkamai susipažinti su daiktiniais įrodymais.

Bene daugiausiai iššūkių keliantis nuotolinio teismų darbo aspektas yra proceso dalyvių teisių užtikrinimas. BPK 22 str. 3 d. numato kaltinamojo teises, kurios tarp kitų apima ir teisę susipažinti teisme su byla, gauti vertimą žodžiu ir raštu, turėti gynėją ir kt. Pavyzdžiui, kyla klausimas, kaip užtikrinti BPK 48 str. 1 d. 2 p. įtvirtintą teisę gynėjui ir įtariamajam ar kaltinamajam susitikti be pašalinių asmenų prieš apklausą arba prieš teismo posėdį, ypač kai kalbame apie įtariamuosius ir kaltinamuosius, kurie yra

įkalinimo įstaigose? Apklauso metu, advokatas (-ė) nurodė, kad tokiais atvejais kyla pagrįstų abejonių, kad gali būti neužtikrinamas gynėjo ir įtariamojo ar kaltinamojo susižinojimo naliečiamumas. Šiuo atveju nėra galimybės įsitikinti, kad pokalbio nesiklauso pašaliniai asmenys. Nors karantino metu šis klausimas buvo arba nesprenžiamas, arba sprenžiamas gynėjų ir kaltinamąjį priskiriant pokalbių kambariui „Zoom“ platformoje, nuogastavimus dėl susižinojimo konfidencialumo būtų galima spręsti įdiegus ir išplėtojus jau minėtą vien tik teismams skirtą nuotolinio darbo sistemą. Kitas problemiškas aspektas proceso dalyvių procesinių teisių įgyvendinimo kontekste – procesinių dokumentų ir/ar prašymų pateikimo teismui galimybės ribotumas. Teisėjų apklausų metu išryškėjo problema, kad ne visi proceso dalyviai turi galimybę skenuoti procesinius dokumentus ir/ar prašymus ir tokiu būdu pateikti juos teismui, todėl nukentčia proceso greitumo principas, kadangi teismas tokiais atvejais turi skelbti posėdžio pertrauką. Reikėtų įvertinti faktą, kad baudžiamasis procesas priešingai nei civilinis ar administracinis vis dar yra dokumentuojamas popierinėmis bylomis, todėl proceso greitumo principą užtikrintų ir sudėtingą dokumentų pateikimo ar skenavimą išspręstų greitesnis teismų sistemos perėjimas prie elektroninių bylų ir baudžiamajame procese. Proceso greitumo principas nukentčia ir tais atvejais, kai bylos nagrinėjime reikalinga vertėjo pagalba, kadangi nagrinėjant bylą nuotoliniu būdu vertimo procesas užtrunka dvigubai ilgiau. Tačiau technologinės pažangos pasaulyje, naudojant automatines vertimo sistemas, tokią situaciją būtų galima lengvai išspręsti įdiegus jau minėtą atskirą sistemą teismams. Tokiu atveju netgi reikėtų peržiūrėti vertėjo kaip baudžiamojo proceso figūros statusą ir būtinumą pagal BPK.

Neabejotinai teismų nuotolinis darbas turi įtakos ir viešumo principo įgyvendinimui, ypač COVID-19 pandemijos kontekste, kadangi asmenys, norintys stebėti teismo procesą negali, kaip įprasta, stebėti jo teismo salėje. NTA nurodė, kad atsižvelgiant į teismo proceso viešumo principą, ypač nagrinėjant rezonansines, visuomenės susidomėjimą keliančias bylas, Teisėjų taryba rekomendavo žodinių bylų nagrinėjimą organizuoti taip, kad būtų užtikrinama teisė visuomenės ir žiniasklaidos atstovams stebėti (išimtiniais atvejais – tik klausyti) teismo posėdžius.⁶ Taigi iš esmės didelių iššūkių proceso viešumo principui nekilo, tačiau sekant valstybinių institucijų pavyzdžiu ateityje būtų galima numatyti viešų teismo posėdžių transliaciją net ir internetu, siekiant užtikrinti informacijos apie proceso eigą prieinamumą plačiajai visuomenei.

Reikia paminėti, kad bendra baudžiamojo proceso veiksmų perkėlimo į nuotolinę erdvę praktika susilaukė griežtos kritikos iš teisės mokslininkų. Pavyzdžiui, R. Merkevičius apskritai kvestionuoja teisėsaugos institucijų ketinimus, teigdamas, kad CO-

⁶ Rekomenduota iš anksto prognozuoti ir reguliuoti asmenų, pageidaujancijų stebėti ar klausyti teismo posėdžius, srautus. Atsižvelgiant į nustatytus minimalaus ploto 1 asmeniui ribojimus posėdžių salėje, rekomenduota teismo posėdžio vaizdą ir garšą retransliuoti į visuomenei atvirą kitą teismo pastatą esančią patalpą.

VID-19 tapo „formalia priedanga baudžiamosios valdžios institucijoms susikurti sau komfortiškas „nuotolinio darbo“ sąlygas, o žmogų dar labiau išstumti į baudžiamosios justicijos užribį“ (Merkevičius, 2021). Kaip pavyzdį R. Merkevičius pateikia tai, kad asmenys sužinoję, kad procese bus galima dalyvauti tik „nuotoliniu būdu“ apskritai atsisako jame dalyvauti. Kalbėdamas apie nuotolinio darbo perspektyvas, R. Merkevičius pažymi, jog tai, kas „COVID-19 pandemijos ir jos sąlygoto karantino metu buvo įvesta ir taikoma kaip laikinos procesinės formos, būdai ar priemonės, išnykus COVID-19 grėsmei, panaikinus socialinių kontaktų ar distancijų ribojimus ir t. t., gali tapti kasdieniais procesiniais instrumentais“ (Merkevičius, 2020). R. Merkevičius taip pat išskyrė tokias teismų nuotolinio darbo problemas: 1) liudytojų ir kaltinamųjų apklausa, 2) daiktinių įrodymų tyrimo problematika, 3) sklandžios proceso eigos užtikrinimas, kai dėl techninių priežasčių kas nors neprisijungia, arba sąmoningai, piktnaudžiaudamas išjungia vaizdo konferencijų programą, 4) procesinių taisyklių, reglamentuojančių nuotolinių veiksmų atlikimą teisme, nebuvimas.

Santykinai priešingą poziciją išreiškė M. Povilanskas, teigdamas, kad tai, kad nuotolinio teismo posėdžio metu asmenys parodymus ir paaiškinimus duoda žodžiu, nepažeidžia reikalavimo ištirti įrodymus tiesiogiai. Priešingai – nuotolinio teismo posėdžio metu, kaip, beje, ir kontaktinio (fizinio) teismo posėdžio metu, visi procesiniai veiksmai, įtvirtinti BPK XX, XXI, XXII skyriuose, 308 straipsnyje, atliekami tiesiogiai, proceso dalyviai parodymus ir paaiškinimus duoda žodžiu. M. Povilanskas pažymi, jog tam, kad nuotoliniai teismieji posėdžiai taptų teisinės sistemos pažangos simboliu, ir kad niekam nekiltų noras juos vadinti „procesiniu chuliganizmu“, reikia tobulesnio (detalesnio) teisinio reguliavimo, adekvataus teismų sistemos materialinio aprūpinimo, o svarbiausia teisininkų – praktikų noro ir pastangų žengti koją kojon su nuolat kintančiu visuomeniniu gyvenimu (Povilanskas, 2021). M. Povilansko nuomone, esminis momentas, darantis nuotolinį teismą posėdį legitimu – tai realių galimybių pasinaudoti visomis procesinėmis teisėmis ir visiems proceso dalyviams užtikrinimas. Paprastaiariant, jeigu proceso dalyviui nuotolinio teismo posėdžio metu užtikrinamos realios galimybės naudotis procesinėmis teisėmis arba jis jomis pasinaudoja taip kaip ir kontaktinio teismo posėdžio metu, nuotolinis procesinių veiksmų atlikimas neturėtų būti vertinamas kaip neteisėtas. M. Povilanskas išskiria tokias nuotolinių teismų posėdžių problemas: 1) ilgai besitęsiantis, nepakankamas teismų materialinis aprūpinimas, 2) nepakankamas proceso dalyvių, o kartu ir teisėjų bei teismo posėdžių sekretorių kompiuterinis raštingumas, 3) proceso dalyvių piktnaudžiavimas situacija dėl koronaviruso infekcijos ir nuotolinių teismų posėdžių reglamentavimo netobulumų (spragų), siekiant vilkinti baudžiamųjų bylų nagrinėjimą teismuose.

Taigi, bene didžiausia problema Lietuvos teismų nuotolinio darbo kontekste – visapusiško įstatyminio reguliavimo nebuvimas. Šiuo metu kai kurie proceso veiksmai nuotoliniuose posėdžiuose yra daromi taikant ne BPK, bet remiantis teisėjų tarybos rekomendacijomis. Mūsų nuomone, aiškių procesinių taisyklių įtvirtinimas ir teismų

praktikos plėtojimas padėtų išvengti pavojų, kurie gali kilti nagrinėjant bylas nuotoliniu būdu, todėl reikalinga papildyti BPK, įtvirtinant platesnes galimybes atlikti proceso veiksmus nuotoliniu būdu, tačiau būtina įtvirtinti ir sąlygą, kad byla nagrinėjama nuotoliniu būdu tik gavus visų proceso dalyvių sutikimą. Sėkmingam nuotolinio teismų darbo plėtojimui taip pat reikalingas teisėjų kompetencijų tobulinimas, atskiros nuotoliniam teismų darbui skirtos sistemos sukūrimas ir inovatyvių technologijų įdiegimas, nuotoliniams teismo posėdžiams skirtų patalpų įrengimas žmonėms lengviau prieinamose vietose (pvz. savivaldybėse), teismų sistemos spartesnis perėjimas prie elektroninių bylų baudžiamajame procese.

3. Teismų nuotolinio darbo ateities iššūkiai

Akivaizdu, kad COVID-19 pandemija paskatino lūžį konservatyvių teisės ekspertų požiūriuose dėl nuotolinio teismų darbo ir tam tikra prasme atvėrė duris pokyčiams. Tačiau, ar pro šias duris įžengs Lietuvos teismų sistema?

Teisės mokslininkai negali kritikos požiūriui, kad su COVID-19 pandemija įvyko teismų perėjimas į skaitmeninę erdvę. Vertindami skirtingų valstybių praktiką, jie teigia, kad dabartinė situacija yra greičiau tradicinio teismo modifikacija pasitelkiant vaizdo ir garso perdavimo priemones nei nauja – nuotolinė – teismų darbo era. (Susskind, 2020).

Reikėtų pritarti idėjai, kad trumpalaikėje perspektyvoje pagrindinis nacionalinių teismų uždavinys yra stabilizuoti ir tobulinti šiuo metu naudojamus *ad hoc* sprendimus ir sistemas ir taip sumažinti teismų darbo trikdžius likusiam COVID-19 sukeltos suirutės laikui. Šiek tiek ilgesnėje perspektyvoje teismai kartu su įstatymų leidėju turėtų atkreipti dėmesį į būtinybę užtikrinti, kad nuotolinio teismų darbo patirtis padėtų formuoti teigiamą požiūrį į reformas ir skaitmeninimo programas Lietuvos teismuose. Kalbant apie ilgalaikę perspektyvą, didelis dėmesys atkreipiamas į tai, kad COVID-19 pandemijos metu taikytos nuotolinio darbo priemonės iš esmės nesprendžia iki tol buvusių procesinių problemų – brangaus (daugiau kalbant apie civilines bylas), ilgai trunkančio, biurokratinio, neefektyvaus teismo proceso. Todėl teisės doktrinoje galime rasti pasiūlymų ilgalaikėje perspektyvoje įstatymų leidėjui bendradarbiaujant su teismais nacionaliniu lygmeniu inicijuoti radikalų teismų sistemų pertvarkymą ir įdiegti naują žmonių, procesų, technologijų ir fizinių erdvių konfigūraciją, kuri būtų orientuota į žmogų, įgalinta technologijomis, tvari, prieinama ir pranašesnė už šiuo metu veikiančią teismų sistemą.

Vienas iš tokių pateiktų siūlymų ilgalaikiai teismų reformai yra R. Susskindo pasiūlyta „išplėstinio teismo“ koncepcija. Nors idėja daugiau pritaikyta civilinių ginčų nagrinėjimui, tam tikri aspektai būtų efektyvūs ir baudžiamųjų bylų nagrinėjime. Knygoje „Online Courts and the Future of Justice“ pateiktos koncepcijos pagrindinė idėja yra ta,

kad skaitmeninėje visuomenėje, kurioje dauguma žmonių turi prieigą prie interneto, mūsų teismai turėtų vykdyti ir kitas funkcijas, viršijančias jų pagrindinę – pateikti autoritetingus, įpareigojančius sprendimus. Tokių naujų funkcijų pavyzdžiai galėtų būti: kuriamos ir viešinamos įvairios analizės sistemos, kurios gali padėti proceso dalyviams, ypač tiems, kurie atstovauja patys sau, suprasti savo teises ir pareigas; įrankiai, kurie gali padėti ne teisininkams organizuoti įrodymus ir suformuluoti savo argumentus; priemonės, skatinančios ir palaikančios šalis savarankiškai spręsti kylančius ginčus ir kt. Toks funkcijų išplėtimas galėtų padėti proceso dalyviams efektyviau ginti savo teises, nebūtinai pasitelkiant advokato paslaugas, kadangi dažnu atveju jos tiesiog yra per brangios (Susskind, 2019).

Vis dėlto, esminis klausimas yra, kokia apimtimi Lietuvos teismai yra pasiruošę reformoms ir pasibaigus COVID-19 pandemijai? Interviu metu teisėjai pažymėjo, kad pradžioje į teismų darbo organizavimą nuotoliniu būdu žiūrėta skeptiškai, tačiau įgauvant nuotolinio darbo patirties, požiūris keičiasi – teisėjai mato galimybes teismams dirbti nuotoliniu būdu ir po karantino. Visgi, vieningai pritariama tam, kad reikia atitinkamai keisti BPK – nustatyti, kokiomis sąlygomis galima organizuoti nuotolinius teismų posėdžius ir numatyti galimybes atlikti proceso veiksmus nuotoliniu būdu. Kaip jau minėta ankstesnėse dalyse, analizuojant bendrą poreikį nuotoliniam teismų darbui, pirmiausia, platesnės galimybės organizuoti nuotolinius teismo posėdžius asmenų teisių gynybą padarytų labiau prieinamą ir ekonomišką. Proceso dalyviai, turėdami galimybę pasirinkti bylos nagrinėjimą nuotoliniu būdu, turėtų teisėtą interesą tikėtis, kad nereikės vykti į teismą, tokiu būdu taupant savo laiką ir kelionės išlaidas. Kitas svarbus aspektas yra proceso dalyvių, kurie nėra kaltinamieji, judėjimo laisvės užtikrinimas – pavyzdžiui, jeigu asmuo yra nukentėjęs ir norėtų išvykti gyventi į užsienį, kol vyksta teisminis nagrinėjimas, kuris neretu atveju gali tęstis ir ne vienerius metus, nuotolinių veiksmų atlikimo galimybė palengvintų tokį judėjimo teisės įgyvendinimą. Kitais atvejais toks nuotolinių veiksmų atlikimas padėtų išvengti ir kaltinamojo bei nukentėjusiojo akistatos, kuri gali turėti neigiamų psichologinių pasekmių. Nors dauguma apklaustų respondentų teigia, kad baudžiamajame procese nuotolinių veiksmų atlikimas turi būti alternatyvi, daugiau išimtinė darbo organizavimo forma, mūsų darbe pateiktais siūlymais būtų galima ne tik išspręsti šiuo metu kylančias grėsmes baudžiamąjo proceso dalyvių teisėms ir pareigoms, bet ir užtikrinti efektyvesnį baudžiamąjo proceso principų įgyvendinimą. Vis dėlto, reikia pripažinti, kad nuotolinio teismų darbo sėkmė priklauso ne tik nuo papildomo finansavimo (pavyzdžiui, autonominės teismų sistemos nuotoliniam darbui sukūrimo), bet ir nuo pačių teisėjų, prokurorų ir advokatų požiūrio į nuotolinį teismų darbą bei norą bent iš dalies sugriauti fizines teismo salės sienas taip perkeltiant Lietuvos teismų sistemą į ketvirtosios pramonės revoliucijos erą.

Išvados

1. Nuotolinis teismų darbas buvo taikomas dar iki COVID-19 pandemijos ne tik pasaulyje, bet ir Lietuvoje. Lietuvoje nuotoliu atliekami veiksmai buvo dažnesni civilinėse ir administracinėse bylose, nors galimybė atlikti atskirus nuotolinius veiksmus BPK numatytais atvejais buvo naudojama ir baudžiamajame procese.
2. Atlikus teisėjų ir kitų ekspertų apklausą pastebėjome, kad situacija ir pasiruošimas nuotoliniam darbui teismuose skyrėsi pirmojo karantino Lietuvoje (nuo 2020-03-16 iki 2020-06-16) ir antrojo karantino metu (nuo 2020-11-04 iki dabar). Antrojo karantino metu teismai rūpinosi ne tik materialiniu aprūpinimu, bet ir aiškesniu baudžiamųjų bylų nagrinėjimo procesu įskaitant ir bylų nagrinėjimo gyvai ar nuotoliu prioritetą.
3. Galima išskirti tokius pagrindinius iššūkius Lietuvos teismams COVID-19 pandemijos metu: 1) išlaikyti pakankamą teismo prieinamumą ir atliekamų veiksmų kokybę, kol fiziniai teismai yra uždaryti, 2) užtikrinti, kad besikaupiantis bylų kiekis, nesudarytų sąlygų nepagrįstam baudžiamojo proceso vilkinimui, 3) aprūpinti teismus reikalingomis technologinėmis priemonėmis. Siekiant tęsti teismų darbą, nuotoliu atliekami veiksmai buvo neišvengiami ir baudžiamosiose bylose.
4. Nuotoliu atliekami veiksmai kėlė iššūkius dėl savo teisėtumo ir pagrįstumo atsižvelgiant į nepakankamą BPK reguliavimą, teisėjų kompetenciją ir materialinį aprūpinimą, galimybę užtikrinti proceso dalyvių teisių ir pareigų įgyvendinimą.
5. Galimo nuotoliniu būdu atliekamų veiksmų neteisėtumo problemą padėtų spręsti platesnis BPK reguliavimas, be kita ko, numatant sąlygą, kad byla gali būti nagrinėjama nuotoliniu būdu tik gavus visų proceso dalyvių sutikimą. Taip pat rekomenduotinas autonominės teismų nuotolinio darbo sistemos sukūrimas bei tinkamas materialinis teismų aprūpinimas.
6. Vis dėlto, šiuo metu taikomas nuotolinis teismų darbas neišsprendžia ir iki COVID-19 pandemijos buvusių teisinės gynybos prieinamumo, ilgo ir biurokratinio proceso ir kitų problemų. Todėl siekiant išspręsti gilesnes problemas teismų sistemai reikės ir didesnių pokyčių, kurių įgyvendinimui reikia ne tik didesnio materialinio teismų aprūpinimo ir įstatyminio reguliavimo, bet ir teisės profesionalų noro bei galimybių įtvirtinti platesnes nuotoliu atliekamų veiksmų galimybes Lietuvoje.

Literatūros sąrašas

Teisės norminiai aktai

Tarptautiniai teisės aktai

1. Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija (1950). *Valstybės žinios*, 2002, 40-987.
2. Tarptautinis pilietinių ir politinių teisių paktas (1966). *Valstybės žinios*, 2002, 77-3288.

Nacionaliniai teisės aktai

3. Lietuvos Respublikos Konstitucija (1992). *Valstybės žinios*, 33-1014.
4. Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodeksas (2002). *Valstybės žinios*, 37-1341.
5. Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2020 m. kovo 14 d. nutarimas „Dėl karantino lietuvos respublikos teritorijoje paskelbimo“ TAR, 5466.
6. Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2020 m. lapkričio 4 d. nutarimas „Dėl karantino lietuvos respublikos teritorijoje paskelbimo“. TAR, 23062.

Specialioji literatūra

7. Susskind, R. (2019). *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford University Press, 2019.
8. Teise.pro. M. Povilanskas. Nuotolinis teismasis posėdis: pažanga ar „procesinis chuliganizmas“ [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <http://www.teise.pro/index.php/2021/01/05/m-povilanskas-nuotolinis-teismasis-posedis-pazanga-ar-procesinis-chuliganizmas/>.
9. Teise.pro. R. Merkevičius. Lietuvos baudžiamojo proceso diagnozė: COVID-19 pasitikome turėdami prastą savijautą, minorines emocijas ir nuslopintą imunitetą, o kokie išliksime po jo? [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <http://www.teise.pro/index.php/2020/11/25/r-merkevicius-lietuvas-baudziamojo-proceso-diagnoze-covid-19-pasitikome-turedami-prasta-savijauta-minorines-emocijas-ir-nuslopinta-imuniteta-o-kokie-isliksime-po-jo/>.
10. Teise.pro. R. Merkevičius. Suėmimo skyrimas Lietuvoje COVID-19 sąlygomis. Ar tikrai galime sau leisti baksnoti į A. Navalno „teismo procesą“ Rusijoje? [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <http://www.teise.pro/index.php/2021/02/01/r-merkevicius-suemimo-skyrimas-lietuvoje-covid-19-salygomis-ar-tikrai-galime-sau-leisti-baksnoti-i-a-navalno-teismo-procesa-rusijoje/>.
11. Teise.pro. S. Rudėnaitė: principinis Teisėjų tarybos siekis – pakelti teismų autoritetą visuomenėje ir valstybėje [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <http://www.teise.pro/index.php/2020/12/10/s-rudenaite-principinis-teiseju-tarybos-siekis-pakelti-teismu-autoriteta-visuomeneje-ir-valstybeje/>.
12. Thepractice.law.harvard.edu. The Future of Court By Richard Susskind [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://thepractice.law.harvard.edu/article/the-future-of-courts/>.

Teismų praktika

13. Airey prieš Airiją [EŽTT], Nr. 6289/73, [1979-10-09], ECLI:CE:ECHR:1979-1009JUD000628973.

Kiti šaltiniai

14. Remotecourts.org. Remote Courts Worldwide [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://remotecourts.org>.
15. Worldjusticeproject.org. Global Insights on Access to Justice 2019 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/global-insights-access-justice-2019>.
16. Teisėjų tarybos 2020 m. kovo 16 d. raštas "Dėl teismų funkcijų vykdymo karantino laikotarpiu" [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.teismai.lt/data/public/uploads/2020/03/del-teismu-funkciju-vykdyimo-karantino-laikotarpiu.pdf>.
17. Lietuvos Respublikos Sveikatos Apsaugos Ministerijos 2020 m. gruodžio 28 d. rekomendacijos "Dėl Covid-19 ligos (koronaviruso infekcijos) valdymo priemonių organizuojant teismų darbą" [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://sam.lrv.lt/uploads/sam/documents/files/Rekomendacijos_teismams.pdf
18. lkiis.lki.lt. Dabartinis lietuvių kalbos žodynas [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <http://lkiis.lki.lt/dabartinis>

Priedas Nr. 1

Klausimai, pateikti respondentams tyrimo metu

1. Kokie, Jūsų nuomone, nuotolinio darbo privalumai?
2. Kokie, Jūsų nuomone, nuotolinio darbo trūkumai?
3. Kaip manote, ar rengiant teismo posėdžius nuotoliniu būdu yra užtikrinama vienoda teisminio proceso kokybė, lyginant su gyvais posėdžiais? Taip/Ne (trumpai pagrįskite savo nuomonę)
4. Kaip manote, ar nuotoliniai teismo posėdžiai gali pažeisti procese dalyvaujančių asmenų teises? Jeigu taip, tai kokias didžiausias grėsmes matote?
5. Kaip vyko įrodymų tyrimas nagrinėjant bylą nuotoliniame teismo posėdyje, atsižvelgiant į BPK 242 str. 1 dalį? Kokius iššūkius matote šioje proceso stadijoje?
6. Kaip manote, platesnės nuotolinio teismų darbo galimybės didintų, ar mažintų visuomenės pasitikėjimą teismais? Kodėl?
7. Kaip manote, ar įstatymų leidėjas turėtų įtvirtinti platesnes galimybes rengti nuotolinius teismo posėdžius? Jei taip, kokius pokyčius matytumėte būtinus?
8. Ar nagrinėjant bylas nuotoliniu būdu bylos būtų išsprendžiamos per trumpesnį laikotarpį?
9. Ar teismo posėdžių salėse vykstantys bylos nagrinėjimai turėtų būti transliuojami internete, siekiant plačiau užtikrinti bylų nagrinėjimo viešumo principą?

10. Ar COVID-19 pandemijos metu organizuojamuose gyvuose teismo posėdžiuose yra užtikrinamos pakankamos asmeninės apsaugos priemonės?
11. Kaip, jūsų nuomone, nuotolinis baudžiamųjų bylų nagrinėjimas paveiktų proceso subjektų dalyvavimo procese „aktyvumą“?
12. Kaip yra užtikrinamas baudžiamojo proceso greitumo principo įgyvendinimas COVID-19 pandemijos kontekste?
13. Kokiu būdu, rengiant teismo posėdžius nuotoliniu būdu, yra užtikrinama, kad liudytojas ar kaltinamasis parodymus duoda patys, nesinaudodami pašaliniais šaltiniais (pvz. advokato pagalba)?
14. Kaip sprendžiamos situacijos, rengiant posėdžius nuotoliniu būdu, kai dėl techninių priežasčių, ar sąmoningai proceso subjektas išjungia vaizdo konferencijos programą?
15. Ar COVID-19 pandemija yra laikoma svarbia aplinkybe sprendžiant dėl procesinio termino pratęsimo ar atnaujinimo? Ar savo praktikoje visuotinio karantino metu į šią aplinkybę atsižvelgėte?
16. Kaip vertinate 2020 m. birželio 26 d. BPK pakeitimą, kuriuo panaikintas BPK 51 str. 10 p. (gynėjo dalyvavimas yra būtinas, kai asmuo yra laikinai sulaikytas šio Kodekso 140 straipsnyje nustatyta tvarka) sulaikyto asmens teisių užtikrinimo aspektu? Ar manote, kad toks reguliavimas turėtų išlikti ir pasibaigus pandemijai?
17. Kaip, COVID-19 pandemijos kontekste, yra užtikrinamas BPK 48 str. 1 d. 2 p. (teisė nekludomai susitikti su įtariamuoju ar kaltinamuoju prieš apklausą arba prieš teismo posėdį)?

NUOTOLINIO TEISMŲ DARBO LIETUVOJE GALIMYBĖS IR PERSPEKTYVOS

Santrauka

Šiame darbe pateikiamos įžvalgos apie nuotolinio Lietuvos teismų darbo baudžiamajame procese galimybes ir perspektyvas. Analizuojama procesinių veiksmų atlikimo nuotoliniu būdu situacija Lietuvos teismuose iki pandemijos. Darbe taip pat nagrinėjama rizikos proceso dalyvių teisėms problematika, kai byla yra nagrinėjama nuotoliniu būdu. Darbe taip pat analizuojami praktiniai klausimai, kurie kilo teismams nagrinėjant bylas nuotoliniu būdu pandemijos metu, įskaitant, bet neapsiribojant: visapusiško įstatyminio reguliavimo nebuvimo, įrodymų tyrimo, kaltinamojo ir jo advokato bendravimo konfidencialumo, techninio teismų pasirengimo stokos ir kiti klausimai. Ši analizė pateikia pasiūlymus dėl galimybės teismams nagrinėti bylas nuotoliniu būdu ne tik COVID-19 pandemijos metu, bet ir po jos.

POSSIBILITIES AND PERSPECTIVES OF REMOTE WORK OF COURTS OF LITHUANIA

Summary

This paper provides insights into the possibilities and perspectives of remote work of Lithuanian courts in criminal proceedings. This work analyses pre-pandemic context and remote proceedings application in Lithuanian courts. It also provides main issues related to the risks for the rights of persons and institutions involved in the criminal proceedings. Another focus of this article is the practical issues that were discovered during the pandemic, including but not limited to: lack of comprehensive legal regulation, examination of evidence, communication between the accused and his/her attorney, lack of technical preparation of courts and others. This analysis provides suggestions for possibilities to implement remote proceedings not only during the pandemic but after the COVID-19 context as well.

TURINIO VIRŠENYBĖ PRIEŠ FORMĄ PRINCIPAS, TAIKYMAS MOKESTINIUOSE GINČUOSE

Arnas Sabalys, Robertas Remeika

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto 2-o kurso studentai

Saulėtekio alėja 9, I rūmai, 10222 Vilnius

El. paštas: robertas.remeika@tf.stud.vu.lt; arnas.sabalys@tf.stud.vu.lt

Mokslinio straipsnio akademinis kuratorius doc. dr. Martynas Endrijaitis

El. paštas: martynas.endrijaitis@gmail.com

Straipsnyje pateikiama turinio viršenybės prieš formą principo samprata, naujų įstatymo pakeitimų aktualumai, susiformavimo analizė ir principo taikymas naujausiuose mokestiniuose ginčiuose Lietuvoje bei užsienyje.

The article presents the concept of the substance over form principle, new law changes, an analysis of its formation and the topicalities in application of the principle in the latest tax disputes in Lithuania and abroad.

Įvadas

Prieš pradėdant tyrinėti patį principą, pirmiausia reikia suprasti kokių tikslų jis susiformavo. Žinoma, kad principo taikymas neatskiriama susijęs su šių dienų bendro valstybės išdo svarba. Tai galima suprasti žvelgiant net į seniausius civilizacijų laikus, o kaip įrodantį pavyzdį paimkime Romos imperiją. Joje bendros valstybės pajamos buvo vadinamos erarijumi (lot. *aerarium* – pinigų kasa; kariuomenės kasa), kuris vėliau asimiliavosi ir susilijo su fisku (lot. *fiscus* – krepšelis; pinigų skrynį), Romos imperatoriaus išdu. Pajamas sudarė provincijų, muito bei kiti reguliarūs ir nereguliarūs mokesčiai, karo žygių grobis, piniginės baudos, konfiskuotas nusikaltusiųjų turtas ir pan. Iš šio išdo imperatorius galėjo skirti lėšų to laikotarpio aktualiems valstybės uždaviniams įgyvendinti, t.y. kariuomenei, laivynui, imperatoriškosioms provincijoms, valstybės valdymui, statyboms, nepasiturinčiųjų paramai ir t.t. Čia turime esminį momentą ir beveik galima išvesti šio tiriamojo darbo objekto esmę - tam jog valstybė galėtų vystytis (įgyvendinama savo išsikeltus uždavinius), ji turi numatyti rinkliavas bei mokesčius tam, kad pajamos plauktų į bendrąją valstybės išdą, o kad tokios rinkliavos būtų užti-

krintos, yra pasitelkiami tam tikri imperatyvai. Tokiu valstybės modeliu sekė dauguma besivystančių pasaulio valstybių, o atėjus laikui ne išimtis buvo ir Lietuvos Didžioji Kunigaikštystė. Žinoma, konkrečiai iki šių dienų praėjo milžiniškas laiko tarpas, bet visgi, slenkant amžiams, Lietuva savoje istorijoje apturėjusi sėkmių ir nesėkmių, ne kartą išsivadavus iš okupanto rankų, galutinai 1990 m. kovo 11 d. atkūrė nepriklausomybę. To dėka 1992 m. spalio 25 d. paskelbtoje Lietuvos Respublikos Konstitucijoje apibrėžta minėto bendro valstybės izdo sąvoka – biudžetas. Žinoma, geopolitinė bei ekonominė situacija pasaulyje nuo antikos ir viduramžių iki dabar pasikeitė kardinaliai, tad ir mūsų valstybės uždaviniai įgyvendinami per jos biudžetą skiriasi, bet visgi mokesčių rinkliavos priežastis išlieka tokia pati. Kaip bebūtų gaila, šiomis dienomis vis dar atsiranda trikdžių, kurie sunkina valstybės galimybę įgyvendinti visuomenei svarbius uždavinius (užtikrinti viešąją tvarką, krašto ir visuomenės apsaugą, rūpintis švietimo finansavimu ir pan.). Minimi trikdžiai – mokesčių mokėtojai siekiantys mokesstinės naudos, kitaip tariant asmenys vengiantys mokėti mokesčius. Būtent čia teisiškai pagrįstai efektyvią mokesčių rinkliavą užtikrina šio **tiriamojo darbo objektas** – turinio viršenybės prieš formą principas (įtvirtintas mokesčių administravimo įstatymo 9 straipsnyje, o jo taikymas to pačio įstatymo 69 straipsnio 1 dalyje).

Temos aktualumas: šiomis dienomis principo taikymo bei su tai susijusių klausimų aktualumas išlikęs kaip niekada didelis. Nors ir išnagrinėta aibė mokesčių ginčų, kuriame buvo taikomas šis principas išaiškinus mokesčio mokėtojo papildomas ūkines operacijas, pastarasis vienaip ar kitaip randa vis išradingesnių būdų kaip pasiekti mokesstinę naudą. Taip pat dažnai tiriant principą neatkreipiamas dėmesys ir į jo panaudojimą mokesčio mokėtojo naudai bei mažai buvo nagrinėta kontraversiška „Barlis“¹ byla.

Tyrimo metodai: lingvistinis, lyginamasis, teleologinis, sisteminis, genetinis. Lingvistinis – nagrinėti ir atskleisti teisės aktuose naudojamas formuluotės bei sąvokas. Lyginamasis – skirtumai tarp Lietuvos teismų ir Europos Teisingumo Teismo (toliau – ETT) taikant principą mokesčiniuose ginčiuose. Teleologinis – principo tikslingos paskirties atskleidimas. Sisteminis – teisės normos susijusios ne tik formaliai, bet ir turiniu, sudarydamos darnią sistemą, todėl, atskleidžiant teisės normos prasmę, šitas metodas yra būtinas. Genetinis – esant neaiškiai kalbos raiškai, šis metodas padeda nustatyti, ką įstatymų leidėjas turėjo omenyje.

Tyrimo tikslas: atskleisti principo taikymo esmę, svarbą, reikšmę pačiam mokesčių mokėtojui, principo efektyvumą šiuolaikiniuose teisminiuose ginčiuose bei palyginti jį su užsienio teismų praktika.

Straipsnio uždaviniai: pristatyti principo sampratą; analizuoti principo susiformavimą ir aplinkybes lėmusias teismų praktiką; atskleisti aplinkybės naujausioje mokesčiniuose ginčiuose; įvertinti pareiškėjo gynybą mokesčiniame ginče; apžvelgti teismų ir valstybinės mokesčių inspekcijos (toliau – VMI) klaidas mokesčiniame ginče esant prin-

¹ Barlis 06 - *Investimentos Imobiliários e Turísticos*, No. C-516/14, [2016-09-15]. ECLI:EU:C:2016:690.

cipo taikymui; įvertinti principo taikymo ribas; atskleisti ETT praktiką taikant principą; išanalizuoti naują pelno mokesčio įstatymo straipsnio dalį.

Šaltiniai: siekiant atskleisti principo taikymo klausimus mokestiniuose ginčiuose, pasitelkiama Lietuvos Vyriausiojo administracinio (toliau – LVAT) bei ETT teismo praktika, Lietuvos ir užsienio mokslininkų įžvalgos, Lietuvos ir Europos Sąjungos norminiai aktai, valstybinės mokesčių inspekcijos bei mokestinių ginčų komisijos (toliau MGK) apibendrinimai, komentarai.

1. Principo samprata, formavimasis, įtaka

1.1 Principo samprata

Visų pirma, reikėtų suprasti principo prasmę, reikšmę, o kad tai būtų padaryta, mes turime žvelgti į mokesčių administravimo įstatymo 10 straipsnį, kuris teigia, jog mokesčių teisiniuose santykiuose viršenybė teikiama šių santykių dalyvių veiklos turiniui, o ne jos formaliai išraiškai. Taigi trumpai tariant, įstatymų leidėjo intencija – teikti pirmenybę tikrajam sandorio turiniui šio turinio įforminimo atžvilgiu. Atsakymas į klausimą kodėl fiziniai ar juridiniai asmenys sudaro sandorius neatitinkančius jų turinio yra paprastas – tikslas siekti mokestinės naudos. Naudos siekimas nėra draudžiamas, jeigu pats siekimas seka sulig įstatymu, bet vis dėlto dauguma tokių vykdomų ūkinių operacijų į tokią kategoriją nepatenka. Kaip jau minėta, tokios ūkinės operacijos kildina aibę problemų, atliekant jas – valstybės išdas negauna pajamų, auga biudžeto deficitas, ribojamos ar net atimamos galimybės valstybei įgyvendinti savo uždavinius bei vykdyti funkcijas, kurios yra gyvybiškai svarbios jos piliečiams. Trumpai tariant, turinio viršenybės prieš formą principas yra itin reikšmingas tuo, kad tai yra viena iš priemonių, kuri užtikrina valstybės galimybes įgyvendinti savo uždavinius bei leidžia vystyti ekonominę padėtį valstybėje tinkama linkme. Todėl tais atvejais, kai mokesčio mokėtojo sandoris, ūkinė operacija ar bet kokia jų grupė sudaromi turint tikslą gauti mokestinę naudą, t.y. tiesiogiai ar netiesiogiai nukelti mokesčio mokėjimo terminus, sumažinti mokėtiną mokesčio sumą arba visiškai išvengti mokesčio mokėjimo, arba padidinti gražintiną (įskaitytiną) mokesčio permoką (skirtumą), arba sutrumpinti mokesčio permokos (skirtumo) grąžinimo terminus, mokesčių administratorius, apskaičiuodamas mokestį, taiko turinio viršenybės prieš formą principą (Mokesčių administravimo įstatymo 69 straipsnio 1 dalis). Čia būtina paminėti esminį momentą, jog norint konkrečiai situacijai taikyti 69 straipsnio 1 dalies nuostatas yra reikalavimas nustatyti, kad mokesčių mokėtojas, sudarydamas atitinkamus sandorius ar vykdydamas ūkines operacijas, sieke vienintelio tikslo – gauti mokestinę naudą. Todėl svarbu suprasti ir turėti omenyje, jog kitu atveju, kai objektyviai nustatoma, kad atitinkamas sandoris turėjo kitus tikslus, ekonomiškai arba kitaip pagrįstus, norma įtvirtinta 69 straipsnio 1 dalyje negali būti taikoma, netgi ir tuo atveju, kai mokesčio mokėtojas iš sudaryto sandorio turėjo ati-

tinkamą mokestinę naudą. Aiškinant ši teiginį detaliau reikšminga paminėti, kad nėra teisės akto, kuris įpareigotų mokesčių mokėtoją esant galimybei iš kelių elgesio modelio variantų pasirinkti tokį, iš kurio jam atsirastų didžiausia mokestinė prievolė. Be to, subjektas taip pat neįpareigotas rinktis tokį turto perleidimo būdą, kuris būtų naudingiausias valstybės biudžetui. Taigi todėl, galima matyti, jog sąžiningai veikiantis asmuo (mokesčių mokėtojas) turi galimybę numatyti savo mokestines pasekmes ir pasirinkti tokį teisėtą veiklos modelį, kuris leistų vykdyti savo veiklą mažiausiomis išlaidomis, jei tik nėra pažeidžiamas draudimo piktnaudžiauti teise principas.

1.2 Principo formavimasis

Kai kalbame apie piktnaudžiavimą teisės aktais, sandorių, kuriais yra savavališkai siekiama mokestinės naudos, įvairovės ir būdų spektras anot LVAT praktikos, gali būti itin platus. Taigi todėl, toliau bandysime apžvelgti ir atskleisti dažniausius būdus, kuriais siekiama mokestinės naudos.

Viena iš tokių situacijų galima, kai mokesčių mokėtojai tam tikrais atvejais sudaro sandorius tik dėl akių, jų realiai neįvykdo, o juos ir jų pagrindų sudarytus fiktyvius apskaitos dokumentus, siekdami mokestinės naudos, naudoja apmokestinamoms pajamoms iš kitų šaltinių pagrįsti. Pavyzdžiui, administracinėje byloje Nr. A-438-953-11² buvo nustatyta, jog 1999 m. pareiškėjai paskolas suteikę asmenys įstatymų nustatyta tvarka nebuvo deklaravę paskolintų ar pasiskolintų piniginių lėšų. Su šiais asmenimis sudarytose paskolų sutartyse nebuvo numatytas nei paskolos grąžinimo terminas, nei jos sąlygos, nei palūkanų už paskolintus pinigus mokėjimas, nei paskolos grąžinimo užtikrinimo priemonės. Be to, anot mokesčių administratoriaus surinktų duomenų, nė vienas iš paskolų (jų dydis nuo 10 000 iki 30 000 Lt) davėjų, paskolų sutarčių sudarymo metu, neturėjo pakankamai pajamų ir buvo išlaikomi tėvų. Tuo remdamasis LVAT patvirtino mokesčių administratoriaus išvadą, jog pareiškėjos pateiktos paskolos sutartys nepagrindžia pareiškėjos nurodytų nekilnojamojo turto įsigijimo pajamų šaltinių. Todėl paskolų sutartyse nurodyta piniginių lėšų suma kvalifikuota ne kaip skolintos lėšos, o kaip pareiškėjos kitos pajamos. Ši byla principo plėtojimui yra svarbi tuo, nes iš jos galima matyti, jog formalus įrodymų apie pajamas pateikimas – be realaus pajamų gavimo ar davimo fakto – beprasmis. Taigi, esant tokiai situacijai yra itin svarbu analizuoti ir vertinti visus įrodymus, kurie pagrįstų arba paneigtų realų pajamų gavimą arba davimą.

Kitas iš būdų slapta bandyti siekti mokestinės naudos – atitinkamais sandoriais pridengti kitus sandorius, kito pobūdžio ir turinio ūkines operacijas negu yra iš tiesų formaliai užfiksuotos. Kitaip tariant, pastarieji yra įforminami taip, kad jų formalizuota

² Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2011 m. balandžio 4 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-438-953-11

išraiška neatitinka realaus jų ekonominio turinio. Kaip pavyzdį imkime administracinę bylą Nr. A-438-1128-10³, kurioje buvo kilęs ginčas dėl darbuotojams išmokėtų sumų (dienpinigių) priskyrimo komandiruočių išlaidoms. Šioje byloje teisėjų kolegija pažymėjusi, kad mokestinio patikrinimo metu surinkta pakankamai įrodymų, patvirtinusių, jog nurodytomis dienomis į komandiruotes vykę asmenys realiai buvo Lietuvoje (pasirašinėjo įvairiuose finansiniuose dokumentuose, jų darbo laikas užfiksuotas darbo laiko apskaitos žiniaraščiuose). Taip pat įvertinusi kitas teisiškai reikšmingas aplinkybes, padarė išvadą, jog mokesčių administratorius pagrįstai minėtų dienpinigių nepripažino komandiruočių sąnaudomis ir, vadovaudamasis Mokesčių administravimo įstatymo 69 straipsnio 1 dalies nuostatomis, fiziniams asmenims apskaičiuotą dienpinigių sumą pripažino su darbo santykiais susijusiomis pajamomis. Būtent ši byla iliustruoja geriausią fiktyvaus sandorio atvejį bei parodo, jog nagrinėjamas principas – naudingas įrankis sudarantis galimybę, esant tarpusavy prieštaraujančioms aplinkybėms arba kurios sufleruoja apie situacijos dviprasmiškumą, demaskuoti tokį sandorį.

Dar vienas būdas, kuriuo gali būti siekiama mokestinė nauda, yra tam tikri nebūtinai tarpiniai sandoriai susijusių sandorių grandinėje dėl to paties objekto arba jo dalies, o tokių jų gali būti įvairių. Akivaizdu, kad tokios ūkinės operacijos atliekamos su tikslu sumažinti mokėtiną mokesčio sumą arba visiškai išvengti mokesčio mokėjimo, o viena iš specifinių aplinkybių, kuri gali tai liudyti yra sąlyginai trumpas laiko tarpas (tarp sandorių) susijusių sandorių grandinėje. Vienas iš tokių atvejų buvo administracinėje byloje Nr. A-556-250-08⁴, kurioje buvo nustatyta, kad pagal sandorių sudarymą laike, to paties nekilnojamojo turto perleidimas iš vieno asmens kitam, o po to – ir trečiam asmeniui vyko sparčiu tempu (nuo nekilnojamojo turto įsigijimo, kai turtą įsigijo pareiškėjos tėvas, iki jo dovanojimo praėjo 8 dienos, o nuo šio turto dovanojimo iki jo pardavimo UAB „Elturna“ praėjo pusantro mėnesio). Ši faktinė aplinkybė, pasak teisėjų kolegijos, leido teigti, jog nekilnojamojo turto likimas jau buvo pakankamai aiškus prieš dovanojimo sandorį. Atliktų veiksmų seka, atsižvelgiant į dokumentuose kintančią turto vertę (2006 m. sausio 23 d. žemės sklypas iš susijusių asmenų buvo įsigytas už 180 000 Lt; 2006 m. sausio 31 d. sudaryta dovanojimo sutartimi įvertintas 820 000 Lt; 2006 m. kovo 14 d. parduotas už 840 000 Lt), suponavo išvadą, kad tokiu būdu mokestinės naudos siekė pareiškėjos tėvas. Pareiškėjai dovanojimo sutartimi perleistas turtas turėjo būti tarpine grandimi, padėsiančia nusišalinti tikruosius pareiškėjos tėvo tikslus – įteisinti didesnę turto vertę, siekiant mokestinės naudos. Tokiu būdu vien per trumpą laiką įvykusių sandorių daugetas, nesant kitų aplinkybių, patvirtinančių tokių sandorių būtinumą, buvo pakankamas pagrindas taikyti turinio viršenybės prieš formą princi-

³ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2010 m. spalio 18 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-438-1128-10

⁴ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2008 m. vasario 20 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-556-250-08

pą. Taigi, iš nagrinėjamo pavyzdžio galima matyti, kad esantis akivaizdus bei iš esmės nereikalingas sandorių daugėtas per itin trumpą laiko tarpą, dažniausiai yra aplinkybė rodanti, jog realus sandorių turinys yra ydingas ir savivališkas.

Taip pat verta paminėti, jog aplinkybės nustatymui, kad yra sudaromi tarpiniai sandoriai ir siekiama mokestinės naudos, yra vienodai svarbūs tiek mokesčio mokėtojo, tiek kitos sandorio šalies veiksmai. Tai galima pamatyti administracinėje byloje Nr. A-438-1844-05⁵, kurioje LVAT teisėjų kolegija nurodė, kad vienokio ar kitokio tikslo, kaip subjektyvaus faktoriaus nustatymas yra galimas tik analizuojant faktiškai atliktus mokesčio mokėtojo veiksmus, kuriais ir yra įgyvendinami mokesčio mokėtojo tikrieji tikslai. Nustatyta, kad pareiškėjo motina, kuri vertėsi nekilnojamojo turto supirkimu ir pardavimu, įsigytą žemės sklypą, padidindama jo vertę, padovanojo sūnui, o pastarasis pardavė UAB „Autoradinsys“. Iš bylos įrodymų taip pat buvo matyti, kad dar iki dovanojimo sutarties sudarymo žemės sklypo pirkėjas - UAB „Autoradinsys“ - kreipėsi į banką dėl kredito gavimo pirkti šį sklypą. Šiomis aplinkybėmis teisėjų kolegija nurodė, kad tai įrodo, kad jau tuo metu sandorio šalys turėjo tikslą žemės sklypą parduoti minėtai bendrovei. Priešingu atveju būtų nelogiškas toks UAB „Autoradinsys“ elgesys, žinant, jog žemės sklypas gali būti perleistas kitam asmeniui (šiuo atveju pareiškėjui), kuris žemės sklypo gali nebeparduoti, parduoti brangiau ir pan. Todėl, svarbu pabrėžti, jog anot LVAT, esant įtarimui, kad fiktyviais sandoriais yra siekiama mokestinės naudos - svarbu atsižvelgti ne tik į paties mokesčio mokėtojo veiksmus, bet itin svarbi ir kitos sandorio šalies pozicija, nes tuomet galėtų būti įvertintos visos aplinkybės, prieš ir po sandorio sudarymo, o pastarųjų įvertinimas gali kardinaliai pakeisti ginčo baigtį.

Dar viena aplinkybė galinti liudyti mokestinės naudos siekimą kartu su minėtomis yra ta, jog pradinis turto savininkas po turto perleidimo tarpiniu sandoriu ir toliau naudoja, valdo, disponuoja tuo turtu bei atlieka aktyvius veiksmus sudarant galutinį sandorį. Taip buvo matoma administracinėje byloje Nr. A-39-1019-05⁶, kurioje buvo nustatyta, kad pareiškėjos duktė 2002 m. gruodžio 9 d. už 5 000 Lt įsigijo žemės sklypą, kurį 2003 m. lapkričio 18 d. dovanojimo sutartimi (joje sklypas įvertintas 490 000 Lt) padovanojo pareiškėjai - savo motinai. Dovanojimo sutarties sudarymo dieną pareiškėja įgaliojo savo dukterį, jog pastaroji sava nuožiūra tvarkytų, valdytų padovanotąją žemės sklypą ir juo disponuotų. Po dviejų dienų pareiškėja padovanotą žemės sklypą už 490 000 litų pardavė, o pinigai už parduotą žemės sklypą buvo pervesti ne į pareiškėjos, o į jos dukters asmeninę sąskaitą banke. Įvertinusi paminėtas aplinkybes, teisėjų kolegija padarė išvadą, kad dovanojimo sutartimi buvo siekiama gauti mokestinę naudą. Be abejo, byloje aiškiai matyti aplinkybės, rodančios pirminio objekto savininko veiksmus

⁵ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2005 m. gruodžio 19 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-438-1844-05

⁶ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2005 m. rugsėjo 13 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-39-1019-05

ir jo diskreciją įgaliooto turto galutiniam likimui. Visgi, ką papildomai svarbu pabrėžti, jog esti dar vienas esminis momentas, kad iš galutinio sandorio esminę naudą gauna ne kas kitas, o pradinis turto savininkas (įtariamasis siekiantis mokestinės naudos).

Galiausiai aplinkybės rodančios bandymą siekti mokestinės naudos – didelis skirtumas tarp sandorio ir realios turto vertės, rodantis sandorių ekonominį nelogiškumą. Pavyzdys – administracinė byla Nr. A-525-828-08⁷, kurioje teisėjų kolegija sutiko su mokesčių administratoriaus argumentais, kad UAB „Autotopus“ darbuotojams už išnuomotus automobilius mokėtos nuomos mokesčio dydis buvo nepagrįstai didelis lyginant su išsinuomotų iš darbuotojų automobilių verte (per 5-13 mėn. nuomos laikotarpį įmonė už automobilių nuomą sumokėjo tiek, kiek šie automobiliai yra verti, o už kai kuriuos - dvigubai). Pagrindą manyti, jog bendrovė, mokėdama savo darbuotojams nuomos mokesčius už automobilius, faktiškai išmokėjo darbuotojams darbo užmokesčio dalį, pasak teisėjų kolegijos, sudarė taip pat tos aplinkybės, kad darbuotojams, iš kurių bendrovė nuomojosi automobilius, buvo mokami pakankamai maži atlyginimai, be to, darbuotojams per mėnesį mokėtas nuomos mokestis už automobilių buvo didesnis nei darbuotojams mokėtas darbo užmokestis. Tačiau LVAT pabrėžė, jog vien pastarųjų aplinkybių nepakako, kad būtų galima neabejotinai tvirtinti, jog tikrasis pareiškėjo sudarytų automobilių nuomos sutarčių turinys buvo paslėptas siekis sumokėti savo darbuotojams papildomą darbo užmokestį. Todėl teisėjų kolegija, nurodžiusi būtinybę papildomai įvertinti kitų tokį patį darbą įmonėje ir darbo rinkoje dirbančių asmenų darbo užmokesčius, kaip skyrėsi darbo užmokestis prieš, per ir po nuomos sutarčių galiojimo, kokios buvo automobilių nuomos kainos rinkoje bei kitas reikšmingas aplinkybes, grąžino mokestinį ginčą centriniam mokesčių administratoriui nagrinėti iš naujo. Taigi, iš šios bylos mes turime užfiksuoti kartinį momentą, jog teismas pastarųjų aplinkybių paprastai nelaiko savarankiškai įrodančiomis mokestinės naudos siekimą, bet jas vertina visų faktinių aplinkybių kontekste. Visgi pavyzdys, akivaizdžiausiai iliustruojantis ekonominį nelogiškumą, iš kurio išvelgiamas siekis gauti mokestinę naudą, būtų administracinė byla Nr. A-756-965-06⁸. Byloje septyniems fiziniams asmenims, dirbusiems pagal rangos sutartis, už atliktus statybos remonto darbus buvo išmokėta 425 000 Lt (mokesčių administratorius nustatė, kad vienam asmeniui vidutiniškai buvo mokama nuo 536 iki 2 879 Lt per dieną, nors darbo jėgos pasiūla Klaipėdos rajone buvo pakankama; nebuvo duomenų apie aukštą jų kvalifikaciją ar didelę darbo statybose patirtį (priešingai, šių asmenų įprastinė veikla nebuvo susijusi su statybomis); taip pat nebuvo jokių duomenų apie tai, kokius konkrečius darbus šie asmenys atliko, o ši suma sudarė 31 proc. viso pastato savikainos). Įvertinusi šias ir kitas byloje nustatytas aplinkybes

⁷ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2008 m. gegužės 29 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-525-828-08

⁸ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2006 m. spalio 19 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-756-965-06

bei patikrinimo metu surinktą informaciją apie dirbančiųjų statybos įmonėse vidutinį mėnesinį darbo užmokestį tuo laikotarpiu, apie kitų subjektų atliktus analogiškus darbus statomame objekte ir sumokėtas už juos sumas, teisėjų kolegija pripažino, jog mokesčių administratoriaus išvada yra teisinga, kadangi pareiškėjas minėtiems fiziniams asmenims sumokėjęs aptartą sumą dirbtinai padidino atliktų darbų vertę ir apskaitoje fiksavo tikrovės neatitinkančias ūkines operacijas, siekdamas išvengti pelno mokesčio. Taigi, atsižvelgiant į LVAT nagrinėjamas bylas, galima nustatyti aplinkybes, kurios dažnai pasitaiko mokestiniuose ginčuose taikant turinio viršenybės prieš formą principą. Visgi, negalima teigti, kad principą galima taikyti pasitaikius minėtoms aplinkybėms, kadangi pastarųjų sąrašas nėra baigtinis, be to, net ir joms esant išlieka reikiamybė visapusiškai išnagrinėti aplinką.

2. Principo realizavimas naujausiuose mokestiniuose ginčuose

2.1 Ginčo aplinkybės taikant principą

Norint suprasti šiuolaikinį turinio viršenybės prieš formą principo efektyvumą bei teisingą panaudojimą praktikoje, būtinas naujausių LVAT bylų kiekybinis tyrimas, kuriuose buvo remiamasi principu įtvirtintu mokesčių administravimo įstatyme (toliau – MAĮ), 10 straipsnyje bei 69 straipsnyje. Išanalizavus galime akivaizdžiai pastebėti, jog dažniausi rodikliai signalizuojantys, kad mokesčio mokėtojo ūkinė veikla bei sudaryti sandoriai yra potencialiai fiktyvus, yra deklaruotos išlaidos būnant didesnėms už gautas pajamas, įsipareigojimų sumokėti atidėjimas turint piniginių lėšų sumokėti bei prieštaraujant ekonominei verslo logikai. Pavyzdžiui, byloje EA-3430-438/2020⁹ pareiškėjas UAB „Pergalės Koncernas“ su trečiais asmenimis sudarė fiktyvią nuomos sutartį, kurios mokėjimus vis vėlino ir mokėjo neapmokestinamas palūkanas, nors UAB banko sąskaitose bei kasoje turėjo pakankamai piniginių lėšų einamiems mokėjimams atlikti. Šioje byloje teisėjų kolegija pateikia teismo jurisprudencijos išaiškinimą apie 69 straipsnio 1 dalies normą, kuriame, anot teisėjų: „taikant šią teisės normą atliekamas retrospektyvus paties sandorio ir jo teisinių pasekmių vertinimas“, na ir kaip jau anksčiau minėta – būtina nustatyti, jog vienintelis mokesčio mokėtojo tikslas buvo mokestinė nauda. Būtent toks mokesčių perkėlimas į ateitį yra naudingas bei suteikia mokesčio mokėtojui pranašumą prieš kitus mokesčių mokėtojus. Trumpai tariant, tokie fiktyvūs sandoriai bei veikla yra piktnaudžiavimas teise ir, anot daktaro Martyno Endrijaičio¹⁰,

⁹ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. kovo 18 d. nutartis administracinėje byloje Nr. EA-3430-438/2020

¹⁰ Endrijaitis, M. (2018). Kitų nei kaupimo ir palyginimo bendrųjų finansinės apskaitos principų taikymas apmokestinant juridinius asmenis pelno mokesčiu. *Teisė*, 107, p. 43. Prieinama internetu: <https://www.zurnalai.vu.lt/teise/article/view/11678>

„turinio viršenybės prieš formą principas, vadovaujantis mokesčių ginčų praktika, yra bendrojo teisės principo – draudimo piktnaudžiauti teise – atitikmuo mokesčių teisėje“. Byloje A-295-442/2020¹¹ pareiškėjas, pagal MGK pastebėjimus, vengė mokesčių nuomos įmokų, prašydamas perdėti mokėjimus į skolas ir išmokėdamas neapmokestintas palūkanas. Dėl mokesčių pasikeitimų asmuo mažino palūkanas, sudarydavo kitus sandorius norint apeiti naujus reikalavimus, o kreditoriai atleido didelę dalį skolos. Pagal MGK vertinimą, tai „prieštarauja ekonominei verslo logikai“ ir todėl buvo taikomas turinio viršenybės prieš formą principas. Galima teigti, jog įstatymo leidėjas su kiekvienu bandymu išleisti, pakeisti mokesčių lengvatą ar prievolę, prieš tai turėtų atsižvelgti į galimas situacijas, kada ir kaip nesąžiningas mokesčių mokėtojas bandys fiktyviai išnaudoti lengvatą ar išvengti prievolės. Būtina suprasti tas dažniausias aplinkybės norint atrasti, optimizuoti priemones ir įstatymų pataisas prieš fiktyvų turinį mokesčiniuose ginčiuose. Tačiau kaip jau pastebėtina, jog dažniausios aplinkybės aptinkamos naujausiuose mokesčiniuose ginčiuose, kuriuose atrandamas fiktyvus turinys, skiriasi nuo senesnių teismų praktikos išsakytų apibendrinimų, todėl negalima sudaryti baigtinio sąrašo ir yra būtinas dinamiškas požiūris į prevenciją, valdymą veiksams ir dariniams prieštaraujantiems turinio viršenybės prieš formą principui.

2.2 Pareiškėjo gynyba

Mokesčiniame ginče pareiškėjas dažnai remiasi civilinio kodekso normomis argumentuoti prieš principo ar jo atitinkamų normų taikymą¹². LVAT teismas, iškilus tokiame argumentavime vis pabrėžia, jog mokesčių administratorius neprivalo ginčyti sandorio ir jo kylančių civilinių teisinių pasekmių, o pagrinde teturi analizuoti civilinius teisinius santykius mokesčiais teisiniais aspektais¹³. LVAT taip pat yra išaiškinęs, kad jeigu esama viešosiomis teisės normomis tiesiogiai reglamentuotinių teisinių santykių, o tų santykių reguliavimas nėra imperatyvus remiantis CK, tuomet taikomos turėtų būti viešosios teisės normos. Tam kad mokesčių administratorius galėtų remtis CK normomis reikia arba nustatyti viešosios teisės spragą, dėl kurios subsidiariai turi būti taikomos CK normos, arba susiklostę teisiniai santykiai turi būti žvelgiami privatinio teisinio aspektu. Anot daktarės Aistės Medelienės¹⁴, kai norima taikyti mokesčių lengvatą

¹¹ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. kovo 4 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-295-442/2020.

¹² Pavyzdžiui- Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. kovo 18 d. nutartis administracinėje byloje Nr. EA-3430-438/2020.

¹³ Pavyzdžiui- Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. kovo 4 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-295-442/2020.

¹⁴ Dr. Aistė Medelienė (Wallace (2020). Aistė Medelienė: Mokesčių lengvatos – realybė ar iliuzija?. Prieinama internetu: <https://www.15min.lt/naujiena/aktualu/nuomones/aiste-medeliene-mokesciu-lengvatos-realybe-ar-iliuzija-18-1387450>

ir išvengti pažeidimų, reikia įvertinti įmonės ar gyventojo sprendimų turinį, jų visumą, tačiau sunkina tai, kad tam tikrais atvejais VMI pozicija formali bei kelia papildomus reikalavimus lengvatai taikyti. Anot daktarės, tokios sąlygos dažnai yra siurprizinės, nes negalėjo būti žinomos, kai sandoriai įvyko. Mokestinių ginčų komisija atkreipia dėmesį savo 2020 metų apibendrinime, kad bylos, tarp kurių yra taikančios turinio viršenybės prieš formą principą, sudaro daugumą VMI naudai patvirtintų sprendimų, nes čia teismų praktika yra susiformavusi ir nuosekli. Galima daryti išvadą, jog esant mokestiniam ginčui, kuriame taikomas turinio viršenybės prieš formą principas, pareiškėjas turėtų argumentuoti sudaryto turinio pagrindinius tikslus per mokesčių teisės prizmę, o ne civilinę. Taigi, ginče mokesčių administratorius įrodinėja ne sandorio negaliojimą, o jo fiktyvumą mokesčių teisės prasme.

2.3 Principo taikymo klaidos

Pastebėtina, jog šiais laikais VMI atitinkamiems padaliniais ir pirmos instancijos teismams kartais pasitaiko klaidų taikant turinio viršenybės prieš formą principą. Pavyzdžiui, byloje A-5525-442/2019¹⁵ teismas nurodė, kad teritorinis mokesčių administratorius, taikydamas MAĮ 10, 69 straipsnius bei nustatęs tai, kad pareiškėjo akcijų pardavimo sandoriai buvo fiktyvūs, o lėšų gavimo faktas nenustatytas pagal sutartis, priėmė ginčijamus sprendimus – apmokestino menamai gautas pajamas pagal sudarytas sutartis, kurias įvardijo kaip fiktyvias. Centrinis mokesčių administratorius, nors ir sutikęs su atlikta akcijų pardavimo sandorio mokestinių pasekmių analize, nesutiko su teritorinio mokesčių administratoriaus atliktu gyventojų pajamų mokesčių (toliau GPM) ir privalomojo sveikatos draudimo (toliau PSD) mokesčių įmokų apskaičiavimu, kadangi jos buvo apmokestintos atsižvelgiant į formaliai sudarytus sandorius. Teismas pabrėžė, kad atkuriant aplinkybės pagal MAĮ 69 straipsnį, negalima daryti išvados, jog į formaliai sudarytus sandorius neatsižvelgiama, tačiau jų pagrindu nustatyti pareiškėjo išmokėjimo bei gavimo momentą, dydį, pajamas, mokesčius, nes jau paskelbiant sandorį fiktyviu negalima jo remtis toliau. Kadangi MAĮ 69 straipsnio nuostatos buvo netinkamai pritaikytos, todėl nustačius netinkamai GPM ir PSD apmokestinamąsias pajamas taip pat buvo neteisingai apskaičiuotos ir GPM bei PSD mokėtinos įmokų sumos. Šiuo atveju centrinis mokesčių administratorius teigė, jog apmokestinama turėtų būti pagal MAĮ 70 straipsnį ir įpareigojo teritorinį mokesčių administratorių priimti naują sprendimą. Mokestinių ginčų komisijos vertinimu 2020 apibendrinime¹⁶ skundo grą-

¹⁵ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. sausio 22 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-5525-442/2019.

¹⁶ Mlgk.lrv.lt. (2020). GINČŲ NAGRINĖJIMAS MOKESTINIŲ GINČŲ KOMISIJOJE 2020 METAIS: SKAIČIAI, POKYČIAI IR NAUJOS TENDENCIJOS. Prieinama internetu: <https://mgk.lrv.lt/lt/naujie-nos/gincu-nagrinejimas-mokestiniu-gincu-komisijoje-2020-metais-skaiciai-pokyciai-ir-naujos-tendencijos>

žinimas mokesčio administratoriui nėra garantija, jog bus priimtas palankesnis sprendimas mokesčių mokėtojui, tačiau tai parodo tam tikrus mokesčių administratoriaus trūkumus, kurie trikdo mokesčių mokėtoją. VMI savo statistikoje teigia¹⁷, jog 2020 metais 96% ginčų buvo palankūs VMI naudai, tačiau MGK pateikė skirtingus rodiklius ir pabrėžė, jog VMI pateikia ne visų mokestinių ginčų rezultatus, tad tai nėra visai patikimas apibendrinimas. Autoriai mano, jog VMI padaliniai turėtų įvertinti aplinkybių visumą ir tą padarius spręsti, ar užtenką argumentų papildomai apmokestinti.

Pirmosios instancijos teismo pasyvus ir formalus mokestinio ginčo nagrinėjimas buvo dažniausia priežastis, kodėl bylos pareiškėjo skundas buvo tenkinimas iš dalies dėl teismo kaltės. Byloje EA-3422-442/2020¹⁸ pirmosios instancijos teismas pažeidė ABTĮ 80 straipsnio 1 dalį, todėl tik formaliais pagrindais atmetė pareiškėjo naujus įrodymus, argumentuojančius sandorių turinį ne mokestinei naudai, o taip nebuvo užtikrintas bylai visų svarbių aplinkybių objektyvus bei visapusiškas tyrimas. Atsakovas VMI taip pat nieko neargumentavo dėl papildomai pateiktų dokumentų, o apeliacijoje apsiribojo tik bendro pobūdžio pasakymais. Byloje EA-357-968/2020¹⁹ LVAT pareiškė, jog pirmosios instancijos teismas nenurodė savo argumentų dėl pareiškėjo skunde nurodytų aplinkybių bei iš esmės perrašė MGK sprendime išdėstytas išvadas, joms pritardamas. Teismas savarankiškai nenagrinėjo faktinių aplinkybių reikšmingų bylai bei nepadarė jokių išvadų apart kartodamas MGK poziciją, todėl LVAT konstatavo, jog iš esmės neišnagrinėjo mokestinio ginčo, o toks teismo sprendimas yra priimtas be motyvų. Pagal 2020 Mokestinių ginčų komisijos apibendrinimo statistiką²⁰, teismo patvirtintų MGK sprendimų dalis išaugo. Apibendrinant, pirmosios instancijos teismai mokestiniame ginče, taikant turinio viršenybės prieš formą principą ir esant MGK sprendimui, turėtų atlikti savarankišką analizę ir aktyviai dalyvauti nagrinėjant ginčo esmę bei remtis MGK pateikiant savo išvadą, o ne tiesiog pakartoti MGK poziciją.

2.4 Principo taikymo praktinės ribos

Ne visada mokestiniuose ginčiuose turinys prioritetizuojamas formos atžvilgiu. Yra situacijų, kada imperatyvių mokesčio įstatymo normų nesilaikymas yra privalomas,

¹⁷ [Www.vmi.lt. \(2020\). Mokestinių ginčų rezultatai - VMI. Prieinama internetu: https://www.vmi.lt/cms/mokestiniu-gincu-rezultatai](https://www.vmi.lt/cms/mokestiniu-gincu-rezultatai)

¹⁸ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. kovo 4 d. nutartis administracinėje byloje Nr. EA-3422-442/2020.

¹⁹ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. kovo 4 d. nutartis administracinėje byloje Nr. EA-357-968/2020.

²⁰ [Mgk.lrv.lt. \(2020\). GINČŲ NAGRINĖJIMAS MOKESTINIŲ GINČŲ KOMISIJOJE 2020 METAIS: SKAIČIAI, POKYČIAI IR NAUJOS TENDENCIJOS. Prieinama internetu: https://mgk.lrv.lt/lt/naujie-nos/gincu-nagrinejimas-mokestiniu-gincu-komisijoje-2020-metais-skaiciai-pokyciai-ir-naujos-tendencijos](https://mgk.lrv.lt/lt/naujie-nos/gincu-nagrinejimas-mokestiniu-gincu-komisijoje-2020-metais-skaiciai-pokyciai-ir-naujos-tendencijos)

pavyzdžiui, gaunant mokestinę lengvatą, esminio turinio įrodymas neturi prasmės. Pareiškėjas byloje EA-307-442/2020²¹ prieštarauja gyventojų pajamų mokesčių įstatymo (toliau GPMĮ) 17 straipsnio 1 dalies 54 punkto nuostatai, kad norint pasinaudoti mokesčio lengvata, parduodamo būsto adresu privaloma būti deklaravus savo gyvenamąją vietą. Pareiškėjas tvirtina, jog turi būti naudojama turinio viršenybės prieš formą principas, tad faktiškai įrodė, jog ten gyvena. Atsakovas nurodė, kad mokesčių lengvatų pagrįstumo vertinime itin svarbu atsižvelgti į mokesčių mokėtojų lygybę, teisingumo ir visuotinio privalomumo principus, todėl taikant GPMĮ imperatyviai reglamentuotą lengvatų taikymo tvarką būtų pažeidžiamos kitų mokesčių mokėtojų teisės. LVAT pabrėžė, jog teismų praktikoje GPMĮ 17 straipsnio 1 dalies 54 punkto nuostatos imperatyvus reikalavimas, deklaruoti teisės aktų nustatyta tvarka kaip gyvenamąją vietą, privalomas, todėl nėra jokio pagrindo nukrypti nuo praktikos. Tačiau MGK savo sprendime²² pateikė kitokią nuomonę: įstatymų leidėjas, nustatydamas minėtą lengvatą, iš tikrųjų siekė atleisti nuo apmokestinimo gyventoją, kuris pardavė gyvenamąjį būstą, o gyvenamosios vietos nedeklaravimas tik formalaus reikalavimo nesilaikymas. Komisija padarė išvadą, jog nesilaikant gyvenamosios vietos deklaruojant, negalima atimti teisės taikyti lengvatą, jeigu įrodoma, kad faktiškai buvo gyvenama. Teismas nepateikė jokio argumentavimo, kodėl negalėjo būti taikytas principas, o tik pasakė, jog teismų praktikoje taikant šio straipsnio dalį yra būtina laikytis imperatyvių normų. Remiantis MGK sprendimu, galima teigti, jog priešinga teismui pozicija yra labiau argumentuota, jog mokestinis ginčas, kuriame mokesčių mokėtojas nesilaikė tam tikrų formos reikalavimų, tačiau pateikė solidų argumentavimą ir pakankamai įrodymų dėl esminio turinio, turėtų būti svarstomas atsižvelgiant į mokesčio mokėtojo pateiktus argumentus ir aplinkybes.

ETT, priešingai pastarosios bylos LVAT nutarimui, kontraversiškoje 2016 „Barlis“ byloje nutarė, jog tiesioginių imperatyvių nuostatų nesilaikymas ne visada reiškia, jog turima atsakyti nagrinėti tam tikrą prašymą mokestiniame ginče. Portugalijos įmonė „Barlis“, kontroliuojanti viešbučių ir restoranų tinklą, užsisakė tam tikras teisinės paslaugas iš teisininkų firmos, o pastaroji kartu su teikiamomis paslaugomis suteikė sąskaitos faktūras. Sąskaitos faktūros išsamiai ir aiškiai neapibrėžė, kokios tai paslaugos, todėl Portugalijos mokesčių administratorius, gavęs sąskaitos faktūras iš „Barlis“ su prašymu pasinaudoti PVM atskaičiavimu, atsisakė atskaičiuoti PVM. Kai mokestinis ginčas nuėjo į Portugalijos mokestinių ginčų arbitražinį tribunolą, buvo paprašytas preliminarus sprendimas dėl mokesčių administratoriaus atsakymo atskaičiuoti PVM, nes sąskaitos faktūros netenkino formalių reikalavimų aprašytų nacionalinėje teisėje. ETT teigė,

²¹ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. vasario 26 d. nutartis administracinėje byloje Nr. EA-307-442/2020.

²² „Mokestinių ginčų komisijos 2019 m. rugpjūčio 26 d. sprendimas Nr. S-106 (7-79/2019)“, Mokestinių ginčų komisija prie Lietuvos Respublikos. Prieiga internetu: [https://mgk.lrv.lt/uploads/mgk/documents/files/2019-08-26_sprendimas_S-106_\(7-79-2019\).pdf](https://mgk.lrv.lt/uploads/mgk/documents/files/2019-08-26_sprendimas_S-106_(7-79-2019).pdf).

jog sąskaitos faktūros neatitiko imperatyvių normų 226 straipsnio 6 ir 7 dalies Europos Sąjungos PVM direktyvoje²³, o ar teisinių paslaugų turinys tinka įmonės ekonominei veiklai, galia nuspręsti atitenka tribunolui, nes tai fakto klausimas. Tačiau teismas pabrėžė, jog bet kokie dokumentai paaiškinantys sąskaitas faktūras turi būti svarstomi. Teismas pabaigoje paskelbė svarbiausią poziciją – kai mokesčių administratorius turi visą pakankamą informaciją nuspręsti ar buvo patenkintos esminės materialiosios sąlygos, negalima atsisakyti atskaičiuoti PVM vien tik dėl tos priežasties, jog sąskaitos faktūros neatitiko 226 straipsnio 6 ir 7 dalies PVM direktyvos forminių reikalavimų. Anot Marie Lamensch²⁴, šioje byloje svarbu tai, jog teismas panaudojo „*substance over form*“ principą (atitikmuo turinio viršenybės prieš formą principui) atlaisvinti nustatytus ne valstybės narės formos reikalavimus, bet tiesiogiai įtvirtintus PVM direktyvos pačios Europos Sąjungos. Marie Lamensch mano, jog teismas „paėjo vienu laiptu per daug“. Sunku prieštarauti tokiam teismo sprendimui, nes nors tai yra unikalus sprendimas senesnės teismų praktikos atžvilgiu, į sąžiningą mokesčių mokėtojų neturėtų būti neatsižvelgta vien dėl formalumo trūkumų, kilusių dėl neatsargumo, jeigu yra pakankamai įrodymų ir aplinkybių leidžiančių nustatyti materialiąsias sąlygas. Galiausiai toks ETT sprendimas gali turėti tolimesnę įtaką stiprinant principo veikimą tarnauti sąžiningų mokesčių mokėtojų naudai esant formaliems nesklandumams bei toks ETT taikymas gali paskatinti ir Lietuvos teismus žiūrėti panašiu požiūriu.

2.5 Pelno mokesčio naujosios nuostatos taikymas

Tarp priimtų 2018-12-06 Lietuvos Respublikos pelno mokesčio įstatymo pakeitimų bei papildymų, kurie siekia įgyvendinti 2016 m. Tarybos direktyvos (ES) 2016/1164 nuostatas, pelno mokesčio įstatymo (toliau PMĮ) 11 straipsnio 8 dalies papildymo įtvirtinimas skiriasi nuo mūsų jau aptartų reikalavimų taikant turinio viršenybės prieš formą principą. Nauja priemonė mokesčių administratoriui prieš agresyvių mokesčių planavimą tikslingai sumažinant pelno mokestį arba jį vengti, PMĮ 11 straipsnio 8 dalis, anot VMI komentaro²⁵, taikoma panašiai kaip 69 straipsnis: apskaičiuojant mokestį, neatsižvelgiama į darinio ar darinių visumą, jeigu šie įvertinami kaip fiktyvūs. Tačiau skirtumas toks, jog šitoje situacijoje neužtenka įrodyti bent vieną tikslą be mokestinės

²³ Europos Sąjungos Tarybos direktyva 2006 m. lapkričio 28 d. direktyva (ES) 2006/112/EB dėl pridėtinės vertės mokesčio bendros sistemos. OJ L 347, p. 1–118.

²⁴ World Journal of VAT/GST Law. (2017). The principle of “substance over form” with respect to the exercise of the right to deduct input VAT – A critical analysis of the Barlis jurisprudence. Prieinama internetu: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/20488432.2017.1407126>

²⁵ www.vmi.lt (2019). Dėl Lietuvos Respublikos pelno mokesčio įstatymo 11 straipsnio 8 dalies apibendrinto paaiškinimo (komentarų) parengimo - Teisės aktai ir komentarai - VMI. Prieinama internetu: <https://www.vmi.lt/cms/documents/10162/8782061/RM-10140/1fb7951b-21f5-433a-9956-7c31d-37cb573>

naudos. Taikant minėtą PMĮ straipsnio dalį reikia įrodyti, jog darinių pagrindinis tikslas ar tikslai nėra mokestinė nauda. VMĮ pasisakė: „jei tokios komercinės priežastys neatspindi ekonominės realybės – nėra ekonomiškai pagrįstos ir proporcingos gaunamai mokestinei naudai, apskaičiuojant pelno mokestį, į darinių (darinius) bus neatsižvelgiama“. Komentare pabrėžiama, jog tai nereiškia, kad mokesčių mokėtojai negali ieškoti optimaliausio apmokestinimo būdo, tačiau jie turi suprasti bei atsakingai numatyti, kad veikla turi atitikti ekonominę realybę, o ne būti paremta noru išvengti ar sumažinti mokesčius. Teismų praktikos taikant naują nuostatą šiuo metu nėra, todėl sunku nuspėti taikymo realybę ateityje ir kaip bus paveikas mokesčių mokėtojas.

Išvados

1. Kintant valstybės ekonomikai ir atsirandant vis naujų verslo modelių, atsižvelgus į valstybės privalomumą keisti mokesčių teisės nuostatas, galima konstatuoti, jog kiekvienų kalendorinių mokestinių metų dinamiškas ginčo aplinkybių kitimas neleidžia sudaryti baigtinio sąrašo. Tad nors ir yra būtina identifikuoti labiausiai pasitaikančius veiksmus dėl lengvesnės fiktyvų darinių prevencijos ir kontrolės, mokesčių administratorius ir teismai turi visuomet aktyviai identifikuoti naujus, potencialiai mokestinės naudos siekiančio nesąžiningo mokesčių mokėtojo veiksmus, bei trečiųjų asmenų veiksmus prieš ir po sudarant fiktyvaus darinių.
2. Teisme, esant turinio viršenybės prieš formą principo taikymui prieš mokesčių mokėtojo sudarytus sandorius ar darinius, mokesčių mokėtojas, kaip pareiškėjas savo gynyboje, turėtų argumentuoti sudaryto turinio pagrindinius tikslus per mokesčių teisės prizmę, o ne civilinę.
3. Turinio viršenybės prieš formą principo universalumas neapsiriboja ties vienu subjektu ir gali būti taikomas tiek mokesčio administratoriaus naudai, tiek mokesčių mokėtojų naudai, todėl pirmos instancijos teismams kyla pareiga nuodugniau išnagrinėti mokestinį ginčą ir neapsiriboti vien mokesčio administratoriaus ar Mokestinių Ginčų Komisijos komentarais.
4. Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas savo praktikoje turėtų argumentuoti, kodėl gyventojų pajamų mokesčio įstatymo 17 straipsnio 1 dalies 54 punkto imperatyvios nuostatos nesilaikymas yra viršesnis už įrodytą ir argumentuotą turinį.
5. Europos Teisingumo Teismo praktika mokestiniame ginče krypta mokesčio mokėtojo naudai, kai veiksmai neatitinka imperatyvių normų, tačiau yra argumentuotai ir faktiškai įrodomos materialiosios sąlygos.
6. Pagal pelno mokesčio įstatymo nuostatas, mokesčio mokėtojo, pelno mokesčio apskaičiavimo atveju, veiksmuose ar dariniuose tarp pagrindinių tikslų nebegali būti mokesčių lengvatos pasinaudojimas arba mokesčio vengimas.

Šaltinių sąrašas:

Norminiai teisės aktai

1. Europos Sąjungos Tarybos direktyva 2016 m. liepos 12 d. direktyva (ES) 2016/1164 kuria nustatomos kovos su mokesčių vengimo praktika, tiesiogiai veikiančia vidaus rinkos veikimą, taisyklės. OJ L 193, p. 1–14.
2. Europos Sąjungos Tarybos direktyva 2006 m. lapkričio 28 d. direktyva (ES) 2006/112/EB dėl pridėtinės vertės mokesčio bendros sistemos. OJ L 347, p. 1–118.
3. Lietuvos Respublikos pelno mokesčio įstatymas (2001). *Valstybės žinios*, Nr. 110-3992.
4. Lietuvos Respublikos mokesčių administravimo įstatymas (2004). *Valstybės žinios*, Nr. 63-2243.

Specialioji literatūra

5. Endrijaitis, M. (2018). Kitų nei kaupimo ir palyginimo bendrųjų finansinės apskaitos principų taikymas apmokestinant juridinius asmenis pelno mokesčiu. *Teisė*, 107, pp.35–50. Prieiga per internetą: <https://www.zurnalai.vu.lt/teise/article/view/11678> [žiūrėta 2021 m. vasario 9 d.].
6. World Journal of VAT/GST Law. (2017). *The principle of “substance over form” with respect to the exercise of the right to deduct input VAT – A critical analysis of the Barlis jurisprudence*. Prieiga per internetą: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/20488432.2017.1407126> [žiūrėta 2021 m. vasario 9 d.].

Teismų praktika

7. Europos Sąjungos Teisingumo Teismo:
8. Barlis 06 - Investimentos Imobiliárias e Turísticas, No. C-516/14, [2016-09-15]. ECLI:EU:C:2016:690.
9. Lietuvos:
10. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. sausio 22 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-5525-442/2019.
11. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. vasario 26 d. nutartis administracinėje byloje Nr. EA-307-442/2020.
12. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. kovo 4 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-295-442/2020.
13. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. kovo 4 d. nutartis administracinėje byloje Nr. EA-3422-442/2020.
14. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. kovo 4 d. nutartis administracinėje byloje Nr. EA-357-968/2020.
15. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2020 m. kovo 18 d. nutartis administracinėje byloje Nr. EA-3430-438/2020.
16. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2011 m. balandžio 4 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-438-953-11.

17. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2010 m. spalio 18 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-438-1128-10.
18. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2008 m. vasario 20 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-556-250-08.
19. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2008 m. gegužės 29 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-525-828-08.
20. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2006 m. spalio 19 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-756-965-06.
21. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2005 m. rugsėjo 13 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-39-1019-05.
22. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2005 m. gruodžio 19 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-438-1844-05.

Kita literatūra

23. Wwv.vmi.lt. (2019). Dėl Lietuvos Respublikos pelno mokesčio įstatymo 11 straipsnio 8 dalies apibendrinto paaiškinimo (komentarų) parengimo - Teisės aktai ir komentarai - VMI. Prieiga per internetą: <https://www.vmi.lt/cms/documents/10162/8782061/RM-10140/1f-b7951b-21f5-433a-9956-7c31d37cb573> [žiūrėta 2021 m. vasario 9 d.].
24. Wwv.vmi.lt. (2020). *Mokestinių ginčų rezultatai* - VMI. Prieiga per internetą: <https://www.vmi.lt/cms/mokestiniu-gincu-rezultatai> [žiūrėta 2021 m. vasario 9 d.].
25. Dr. Aistė Medelienė (Wallace (2020). *Aistė Medelienė: Mokesčių lengvatos – realybė ar iliuzija?*. Prieiga per internetą: <https://www.15min.lt/naujiena/aktualu/nuomones/aiste-medeliene-mokesciu-lengvatos-realybe-ar-iliuzija-18-1387450> [žiūrėta 2021 m. vasario 9 d.].
26. „Mokestinių ginčų komisijos 2019 m. rugpjūčio 26 d. sprendimas Nr. S-106 (7-79/2019)“, Mokestinių ginčų komisija prie Lietuvos Respublikos. Prieiga per internetą: [https://mgk.lrv.lt/uploads/mgk/documents/files/2019-08-26_sprendimas_S-106_\(7-79-2019\).pdf](https://mgk.lrv.lt/uploads/mgk/documents/files/2019-08-26_sprendimas_S-106_(7-79-2019).pdf) [žiūrėta 2021 m. vasario 24 d.].

TURINIO VIRŠENYBĖ PRIEŠ FORMĄ PRINCIPAS, TAYKMAS MOKESTINIUOSE GINČUOSE

Santrauka

Šiame straipsnyje analizuojama turinio viršenybės prieš formą principo samprata, susiformavimas mokestinėje teisėje, jo šiuolaikinis taikymas mokestiniuose ginčiuose prieš mokesčių mokėtoją ir už. Atkreipiamas dėmesys į principo teismų praktikos susiformavimą, dažniausias aplinkybės signalizuojančias potencialiai fiktyvius veiksmus dėl mokestinės naudos bei žvelgiama į šiuolaikinių ginčų principo taikymą: dažniausios pareiškėjų, atsakovų ir teismų klaidos mokestinio ginčo proceso metu; dažniausios aplinkybės lėmusios fiktyvios formos paskelbimą; principo taikymo ribos Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo požiūriu, Europos Teisingumo Teismo požiūriu; naujausios normos suteikiančios daugiau priemonių mokesčių administratoriui kovoti prieš mokesčių vengimą.

SUBSTANCE OVER FORM PRINCIPLE, ITS APPLICATION IN TAX DISPUTES

Summary

This article analyzes the concept and formation of the substance over form principle in tax law as well as its application in tax disputes both against and for the tax payer. In particular, we analyze the formation of court practice regarding the principle, the most common circumstances signaling potentially fictitious actions for tax benefit and take a look at the application of the principle in modern disputes: the most common errors in the tax dispute process from the plaintiffs, defendants and courts; circumstances leading to the form being declared as fictitious; the boundaries of the principle being applied stated by the Supreme administrative court of Lithuania and the European Justice Court; latest law norms giving more tools for the tax administrator to fight tax evasion.

REZOLIUCIJOS PRIIMTI IEŠKINĮ APSKUNDIMO PROBLEMATIKA

Roberta Biveinytė, Aušrinė Dambrauskaitė

Vilniaus Universiteto Teisės fakulteto 4-o kurso studentės

Saulėtekio al. 9, I rūmai, 10222 Vilnius

El. paštas: biveinyteroberta@gmail.com; ausrine.dambrauskaite@gmail.com

Mokslinio darbo akademinė kuratorė lekt. dr. Eglė Zemlytė

El. paštas: egle.zemlyte@tf.vu.lt

***Santrauka.** Šiame straipsnyje analizuojami rezoliucijos priimti ieškinį apskundimo probleminiai aspektai, pateikiama 2013 – 2020 m. laikotarpio Lietuvos teismų praktikos analizė ir jos atitiktis Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodekse įtvirtintam reguliavimui.*

***Pagrindiniai žodžiai:** civilinio proceso teisė, civilinio proceso kodeksas, rezoliucija, ieškinio priėmimas.*

***Summary.** This article is dedicated to analyse problematic aspects of the appeal against the resolution by which a question of the acceptance of a statement of claim is resolved; the article also presents analysis of the Lithuanian case law from 2013 to 2020 on this matter and its compliance with the regulation enshrined in the Code of civil procedure of the Republic of Lithuania.*

***Keywords:** civil procedure law, code of civil procedure, resolution, acceptance of a statement of claim.*

Įvadas

Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodekse (toliau – CPK arba **Kodeksas**) (Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas, 2002) įtvirtinta, jog ieškinio priėmimo klausimą teismas išsprendžia priimdamas rezoliuciją, o rezoliucija yra neskundžiama (CPK 137 str. 1 d. ir 290 str. 5 d.). Lietuvos apeliacinis teismas¹ 2013 metais bei Lietuvos Aukščiausiasis teismas² 2016 metais išaiškino priešingai – nors ieškinio

¹ Lietuvos apeliacinio teismo 2013 m. kovo 7 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 2-938/2013.

² Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2016 m. sausio 13 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-76-421/2016;

priėmimo klausimas yra išspręstas rezoliucija, tačiau gali būti skundžiamas, taip *contra legem* aiškinant CPK.

Kol kas rezoliucijos, kuria išsprendžiamas ieškinio priėmimo klausimas, apskundimo galimybę Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (toliau – **LAT**) ir Lietuvos apeliacinis teismas tam tikra prasme įtvirtino tik bylose, kuriose atsakovai kvestionavo ieškinio priėmimą dėl to, kad šalys buvo sudariusios arbitražinį susitarimą. Taigi, kyla klausimas, ar tokiose bylose teismai pagrįstai taiko įstatymuose nenumatytą išimtį leisti teikti atskirąjį skundą dėl rezoliucijos priimti ieškinį. Jeigu taip, ar nereikėtų pakeisti CPK ir tiesiogiai jame įtvirtinti šios galimybės, o galbūt tokias naujas taisykles taikyti ir ne tik minėtu atveju.

Taigi šio darbo **tikslas** – įvertinti rezoliucijos apskundimo pagrįstumą ir tikslingumą. Šiam tikslui pasiekti bus tiriami įstatymų leidėjo suformuoti rezoliucijos priėmimo tikslai, kitos procesinės galimybės šaliai pasiekti tuos pačius tikslus, kurių yra siekiama teikiant skundą dėl teismo rezoliucijos. Taip pat bus analizuojama teismų praktika dėl rezoliucijos priimti ieškinį apskundimo, atsižvelgiant į skirtingas faktines aplinkybes ir jų daromą įtaką teismo sprendimui. Mokslinio darbo tyrimo **objektas** – probleminiai rezoliucijos priimti ieškinį apskundimo aspektai.

Atsižvelgiant į tai, jog CPK nėra numatyta galimybės apskusti teismo rezoliuciją priimti ieškinį, **aktualu** išsamiau nagrinėti šio procesinio veiksmo apskundimo sukeliamus padarinius bylos šalims ir įvertinti, ar proceso šalys tikrai neturi jokių kitų procesinių galimybių apsiginti nuo bylos iškėlimo fakto. Autorių nuomone, gilesnės šios temos analizės gali būti ypač aktualios siekiant plėsti šiuo metu galiojančio teisinio reguliavimo supratimą bei sumažinti šio taikymo prieštaras praktikoje.

Darbe naudoti lingvistinis, teleologinis ir sisteminis **metodai**. Lingvistinio metodo pagalba siekiama analizuoti tikslų esamą CPK įtvirtintą reguliavimą. Teleologiniu siekiama suprasti, kokie buvo įstatymų leidėjo, įtvirtinusio esamą CPK reguliavimą ketinimai ir tikslai. Sisteminiu metodu analizuojama CPK tarpusavio normų dermė ir 2013 – 2020 m. laikotarpio teismų praktika dėl rezoliucijos, kuria priimamas ieškiny, apskundimo.

Darbo **originalumo** aspektas atskleidžiamas tuo, jog rezoliucijos priimti ieškinį apskundimo problema, kaip praktikoje pasirodžiusi sąlyginai neseniai, dar nebuvo analizuojama Lietuvos teisės doktrinoje.

Straipsnio I dalyje aptariami ieškinio priėmimo klausimo sprendimo rezoliucija tikslai ir paskirtis. II dalyje pateikiama teismų praktikos analizė (aptariamos faktinės aplinkybės ir kritiškai vertinami teismo motyvai) bylose, kuriose teismai pripažino rezoliucijos, kuria yra priimamas ieškiny, apskundimo galimybę. III dalyje palyginamas

rezoliucijos apskundimo ir prašymo palikti ieškinį nenagrinėtą procesas. Paskutinėje, IV dalyje, pateikiamos apibendrinamosios išvados dėl rezoliucijos apskundimo pagrįstumo ir reikalingumo.

I. Ieškinio priėmimo klausimo sprendimo rezoliucija tikslai ir paskirtis

CPK 290 str. 5 d. įtvirtina, jog tik Kodekse numatytais atvejais procesinius klausimus teisėjas gali išspręsti rezoliucija bei teisėjo rezoliucijos neskundžiamumą. Rezoliucija susideda iš: (i) atitinkamo procesinio klausimo išsprendimo keliais žodžiais (pavyzdžiui: „priimti“), (ii) rezoliuciją priėmusio teisėjo vardo ir pavardės, (iii) rezoliucijos priėmimo datos ir (iv) teisėjo parašo (Laužikas *et al.*, 2005, p. 191). Kodekse numatyta, jog tenkinant šalies prašymą/pareiškimą, rezoliucija sprendžiami klausimai, tokie kaip: procesinio dokumento priėmimo (CPK 115 str. 1 d.), procesinių terminų pratęsimo (CPK 77 str. 3 d.) ir kt. Tarp klausimų, kurie yra sprendžiami priimant rezoliuciją yra ir ieškinio priėmimo klausimas (CPK

137 str. 1 d., ieškinio priėmimas rezoliucija taip pat reiškia ir civilinės bylos iškėlimą³). Toliau aptarsime priežastis, kodėl ieškinio priėmimo klausimas yra pagrįstai sprendžiamas priimant rezoliuciją.

a) Rezoliucija sprendžiami tik tokie klausimai, kurių nereikalaujama argumentuoti ir dėl kurių negali būti paduodamas atskiras skundas

Atsižvelgiant į tai, kokius prašymus/pareiškimus CPK leidžia spręsti priimant rezoliuciją (žr. ankstesnę dalį), galima daryti išvadą, jog tai yra tik tokie klausimai, kurie išsprendžiami tenkinant šalies prašymą. Ieškinio priėmimas yra „tenkinamojo“ pobūdžio klausimas, nes teismas priimdamas ieškinį iškelia civilinę bylą. Tuo tarpu atsakydamas priimti ieškinį teismas turi priimti motyvuotą nutartį (CPK 137 str. 3 d.), siekiant, kad šalis būtų informuota, kodėl yra atsisakoma priimti jos pareiškimą ir sudaryti atitinkamas sąlygas apskusti teismo nutartyje pateiktus atsisakymo motyvus atskiruojų skundu (CPK 137 str. 5 d.).

Būtent tai yra viena iš priežasčių, kodėl rezoliucija yra neskundžiama – joje, priešingai nei nutartyje, nėra motyvų (ir atvirkščiai, būtent dėl to, kad teismo sprendimas (plačiąja prasme) yra neskundžiamas, jį ir galima įforminti rezoliucija). Taigi rezoliucija įstatyme ir leidžiama spręsti tik klausimus, dėl kurių, iš esmės, negali kilti šalių ginčas, nes kitu atveju viena iš proceso šalių negalėtų tinkamai įgyvendinti savo teisės į apeliaciją – t. y. nebūtų susipažinusi su teismo motyvais, kuriuos galėtų skusti.

³ Išskyrus nemokumo bylas - LR juridinių asmenų nemokumo įstatymas įtvirtina, jog pareiškimai dėl nemokumo bylos iškėlimo yra priimami nutartimi (19 str. 1 d.); taip pat jog nemokumo bylos yra iškėliamos nutartimi (25 str. 1 d.) bei ši nutartis yra skundžiama tiesiogiai Lietuvos apeliaciniam teismui (25 str. 3 d.).

Pažymėtina, jog sistemiškai aiškinant CPK normas, jeigu rezoliucija visgi būtų skundžiama, apeliacinės instancijos teismas rezoliucijos priėmimą turėtų laikyti absoliučiu negaliojimo pagrindu, nes pagal CPK 329 str. 2 d. 4 p. tokiu yra laikomas sprendimas ar nutartis be motyvų.

b) Priimant rezoliuciją įgyvendinamas teisminės gynybos prieinamumo principas

Lietuvos Respublikos Konstitucijoje įtvirtintas teisės į teisminę gynybą principas (30 str. 1 d.)(Lietuvos Respublikos Konstitucija, 1992). Vienas iš pažeistų teisių gynybos būdų yra būtent civilinės bylos iškėlimas ir išnagrinėjimas, todėl rezoliucija išsprendžiamas ieškinio priėmimo klausimas yra tiesiogiai sietinas ir su teisminės gynybos prieinamumo principu (Laužikas *et al.*, 2005, p. 13). Priimdamas ieškinį rezoliucija, teismas nėra įpareigotas surašyti priimamo sprendimo motyvus (kurie, kaip minėta, būtų būtini, jei ieškinio priėmimo klausimas būtų sprendžiamas nutartimi), todėl ieškinio priėmimo klausimas yra išsprendžiamas sąlyginai greitai, nėra sudaromos neadekvačios, neproporcingos kliūtys siekiant ginčo šaliai pasinaudoti teismine gynyba. Taip, be kita ko, užtikrinant ir proceso (ar bent jo pradžios) greitumą ir operatyvumą, kuris taip pat laikytinas viena iš teisės į teisingą bylos nagrinėjimą dalių, įtvirtintų ir Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos (toliau – EŽTK) 6 str. 1 d (Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija, 1950).

II. Teismų praktika dėl rezoliucijos priimti ieškinį apskundimo

Rezoliucijos skundimo užuomazgas praktikai plėtotis galima įžvelgti dar 2010 metais Lietuvos Aukščiausiojo Teismo nutartyje AB „Mažeikių nafta“ v. *Liberty Mutual Insurance Europe Limited ir kt.* (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2010 m. vasario 9 d. nutartis civilinėje byloje). Svarbu, jog šioje byloje nebuvo kilęs klausimas dėl rezoliucijos apskundimo – pirmosios instancijos teismas nutartimi atsisakė priimti ieškinį, kadangi nusprendė, kad šalys sutartyje numatė ginčus dėl tam tikrų klausimų nagrinėti arbitraže. Tuo tarpu apeliacinės instancijos teismas nutartį panaikino ir perdavė ieškinio priėmimo klausimą spręsti iš naujo. Šią nutartį apskundė potencialus atsakovas (potencialus, nes ieškinyš taip ir nebuvo priimtas), tad byloje kilo klausimas, ar toks asmuo turi teisę paduoti kasacinį skundą. Teismas nusprendė, jog taip – tokiu atveju atsakovas gali pasinaudoti šia teise, tačiau kartu pateikė ir papildomą išaiškinimą, kad: „<...> tuo atveju, **kai teisėjas priima ieškinį**, o šalys yra sudariusios susitarimą perduoti ginčą spręsti arbitražui, dėl tokios pirmosios instancijos teisėjo **nutarties apeliacinį skundą turi teisę paduoti ir atsakovas**.“ Ši papildoma LAT išvada yra kritikuotina dėl kelių aspektų (i) byloje buvo atsisakyta priimti ieškinį, taigi ieškinio priėmimo veiksmo ap-

skundimo klausimas apskritai nebuvo kilęs byloje; (ii) CPK aiškiai įtvirtina, kad ieškinio priėmimo klausimas yra išsprendžiamas rezoliucija, o ne nutartimi, tačiau LAT konstatuodamas galimybę apskūsti ir nutartį, kuria išsprendžiamas ieškinio priėmimo klausimas, plačiau nepakomentavo, kas konkrečiai turėtų omenyje (ar tokiu atveju teismas turėtų bylos iškėlimo klausimą spręsti nutartimi, ar vis dėlto šiuo atveju tiesiog netiksliai įvardinta teismo sprendimo dėl ieškinio priėmimo procesinė forma). Šis LAT išaiškinimas tiesiogiai pasitelkiamas ir vėlesnėse bylose, kaip vienas iš argumentų, kad rezoliucija (nors išaiškiniame minima nutartis) gali būti skundžiama.

Teismai rezoliucijos apskundimo klausimą yra sprendę bylose, kuriose ieškinio priėmimo klausimas kilo dėl arbitražinio susitarimo. Autorių žiniomis, šiuo metu teismai nėra pateikę daugiau išaiškinimų dėl rezoliucijos apskundimo galimybės kitose bylose – t. y. kuriose ieškinio priėmimo klausimas būtų kilęs dėl kitos priežasties nei dėl arbitražinio susitarimo egzistavimo aplinkybės. Toliau analizuojamos dvi temai aktualios nutartys: 2013 metų Lietuvos apeliacinio teismo ir 2016 metų Lietuvos Aukščiausiojo Teismo, kuriose susiduriame su rezoliucijos apskundimo klausimu.

a) Bylą faktinės aplinkybės ir teismo motyvai

2013 metais Lietuvos apeliacinio teismo sprendžtoje byloje (Lietuvos apeliacinio teismo 2013 m. kovo 7 d. nutartis civilinėje byloje), pirmos instancijos teismas ieškinį priėmė rezoliucija. Atsakovas atskiruoju skundu teismo prašė: (i) panaikinti pirmos instancijos teismo procesinį veiksmą priimti ieškinį (t. y. panaikinti rezoliuciją) ir (ii) bylos proceso teisėtumo klausimą perduoti spręsti naujos sudėties pirmosios instancijos teismui. Apeliacinės instancijos teismas nusprendė rezoliuciją panaikinti ir ieškinį palikti nenagrinėtą. Teismo motyvus galima suskirstyti į dvi dalis: (i) kol arbitražinis susitarimas galioja, tol ginčas iš esmės nenagrinėtinas teisme, o civilinės bylos iškėlimas teisme turi būti aiškinamas kaip užkertantis galimybę tolesnei bylos eigai CPK 334 str. 1 d. 2 p. prasme (ii) teismui konstatavus, kad apeliantas turėjo teisę paduoti atskirąjį skundą (nes yra užkertamas kelias tolimesnei bylos eigai ir, remiantis AB

„Mažeikių nafta“ v. *Liberty Mutual Insurance Europe Limited ir kt.* byloje pateiktu išaiškinimu, t. y., kad ir atsakovas turi teisę paduoti atskirąjį skundą dėl nutarties, kuria yra priimamas ieškinyis), teismo manymu tikslinga ne tik panaikinti pirmosios instancijos teismo procesinį veiksmą, bet ir ieškinį palikti nenagrinėtą, nes priešingas procesinis veiksmas prieštarautų proceso koncentracijos ir ekonomiškumo principams.

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas 2016 metais taip pat palaikė poziciją, kad rezoliuciją apskūsti atskiruoju skundu vis dėlto galima (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2016 m. sausio 13 d. nutartis civilinėje byloje). Šioje byloje faktinė situacija skiriasi – pirmosios instancijos teismas nutartimi patenkino atsakovo atskirąjį skundą dėl teismo rezoliucijos priimti ieškinį, savo priimtą rezoliuciją panaikino ir ieškinį paliko nenagrinėtą. Ieškovei padavus atskirąjį skundą, apeliacinės instancijos teismas panaikino nutartį ir

apeliacinį procesą nutraukė (argumentuodamas tuo, kad įstatymas aiškiai ir nedviprasmiškai reglamentuoja teisėjo rezoliucijos apskundimo negalimumą). Atsakovas pateikė kasacinį skundą. LAT, analogiškai kaip ir Lietuvos apeliacinis teismas, išaiškino, kad: (i) kai šalys yra sudariusios arbitražinį susitarimą, tol, kol toks arbitražinis susitarimas galioja, teismo nutartis, kuria konstatuojama, kad tarp šalių kilęs ginčas teisingas išskirtinai teismui, turi būti aiškinama kaip užkertanti galimybę tolesnei bylos eigai CPK 334 str. 1 d. 2 p. prasme; (ii) remiantis AB „Mažeikių nafta“ v. *Liberty Mutual Insurance Europe Limited ir kt.*, byloje patektu išaiškinimu, ir atsakovas turi teisę paduoti atskirąjį skundą dėl nutarties, kuria yra priimamas ieškinys; (iii) ieškinio priėmimas teisme, kai šalys yra sutarusios tokį ginčą nagrinėti arbitraže, turėtų būti vertinamas kaip teismo procesinis veiksmas, kuriuo užkertama galimybė tolesnei bylos eigai ginčo šalių sutartame arbitraže, todėl atsakovei turi būti suteikiama teisė tokį procesinį veiksma atskiruojų skundu skųsti apeliacinės instancijos teismui bei reikalauti panaikinti šį procesinį veiksma bei atsisakyti priimti ieškinį ar ieškinį palikti nenagrinėtą (CPK 137 str. 2 d. 6 p., 296 str. 1 d. 9 p.); (iv) vien procesinio veiksmo įforminimas teisėjo rezoliucija neturėtų būti kliūtis atsakovei pasinaudoti teise į apeliaciją, nes klausimai, kurie CPK nustatytais atvejais sprendžiami teisėjo rezoliucija, taip pat gali būti išspręsti nutartimi (CPK 290 str. 6 d.). Todėl nustačius, kad ieškinio priėmimu buvo užkirsta galimybė nagrinėti bylą šalių pasirinktu būdu – ginčą spręsti ne teisme, o arbitraže, atsakovei turi būti suteikta galimybė tokį procesinį veiksma įforminusią rezoliuciją, kaip ir nutartį, apskųsti atskiruojų skundu apeliacinės instancijos teismui; (v) aiškinant, kad tokį procesinį veiksma įforminanti teisėjo rezoliucija turėtų būti skundžiama ne atskirai, o kartu su teismo sprendimu, t. y. į apeliacinį skundą įtraukiami motyvai dėl jų teisėtumo ir pagrįstumo, iš esmės būtų pažeistas proceso ekonomiškumo principas.

b) Teismo motyvų pagrįstumo analizė

Visų pirma, abeiose bylose teismai, motyvuodami rezoliucijos apskundimo leidžiamumą, tiesiogiai remiasi AB „Mažeikių nafta“ v. *Liberty Mutual Insurance Europe Limited ir kt.* patektu išaiškinimu. Šiame straipsnyje jau anksčiau buvo kritikuotas LAT pasisakymas šioje byloje, nes nebuvo detaliau paaiškinta, kodėl teigiama, kad ieškinys yra priimamas nutartimi (dėl kurios skundą gali paduoti ir atsakovas), o ne rezoliucija.

Antra, Lietuvos Aukščiausiasis Teismas aiškina, kad „<...vien procesinio veiksmo įforminimas teisėjo rezoliucija neturėtų būti kliūtis atsakovei pasinaudoti teise į apeliaciją, nes klausimai, kurie CPK nustatytais atvejais sprendžiami teisėjo rezoliucija, taip pat gali būti išspręsti nutartimi (CPK 290 str. 6 d.)“. Tačiau šis LAT argumentas yra kritikuotinas, nes nagrinėjamu atveju klausimas nebuvo išspręstas nutartimi. Žinoma, tokių atvejų nereikėtų painioti su situacija, kai teismai išsprendžia klausimą netinkamu procesiniu

veiksmu – pavyzdžiui priima rezoliuciją vietoje nutarties. Būtent tokia situacija buvo sprendžiama byloje (Lietuvos apeliacinio teismo 2016 m. kovo 31 d. nutartis civilinėje byloje), kurioje teismui priėmus ieškinį rezoliucija, atsakovai pateikė prašymą dėl ieškinio palikimo nenagrinėto, kaip neteisingo Lietuvos teismams. Teismas rezoliuciją atmetė atsakovų pateiktą prašymą, atsakovai pateikė atskirąjį skundą, kuriuo prašė panaikinti teismo procesinį veiksmą – rezoliuciją, kuria buvo atmetas prašymas dėl ieškinio palikimo nenagrinėto. Teismas skundžiama nutartimi atsakovų atskirąjį skundą atsisakė priimti, nurodęs, kad rezoliucija pagal imperatyvias įstatymo nuostatas yra neskundžiama, be to, neužkerta kelio teisminiam bylos nagrinėjimui. Tačiau, kadangi šiuo atveju teismas atsisakydamas priimti prašymą dėl ieškinio palikimo nenagrinėto turėtų priimti nutartį, o ne rezoliuciją, dėl šios priežasties t. y. teismo pasirinkto netinkamo procesinio veiksmo, turi būti leidžiama skųsti rezoliuciją, būtent tokį išaiškinimą pateikė ir teismas.

Trečia, Lietuvos apeliacinio teismo nutartyje teismas konstatavo, kad tikslinga ne tik panaikinti pirmosios instancijos teismo procesinį veiksmą (t. y. rezoliuciją), bet ir ieškinį palikti nenagrinėtą. Teismui priėmus ieškinį yra tik trys galimi scenarijai, kaip byla gali baigtis: (i) teismas išsprendžia bylą iš esmės priimdamas sprendimą (CPK 259 str. 1 d.), (ii) teismas palieka pareiškimą nenagrinėtą (CPK 296 str.), (iii) teismas nutraukia bylą (CPK 293 str.). Kadangi CPK neįtvirtina tokio procesinio veiksmo kaip rezoliucijos panaikinimas, kyla klausimas kokiu tikslu ir kokias pasekmes sukuria panaikinama (tuo labiau, skundžiama) rezoliucija, jei teismas vis vien palieka ieškinį nenagrinėtą, o tokio paties rezultato galima pasiekti ne skundžiant rezoliuciją, o teikiant prašymą palikti ieškinį nenagrinėtą.

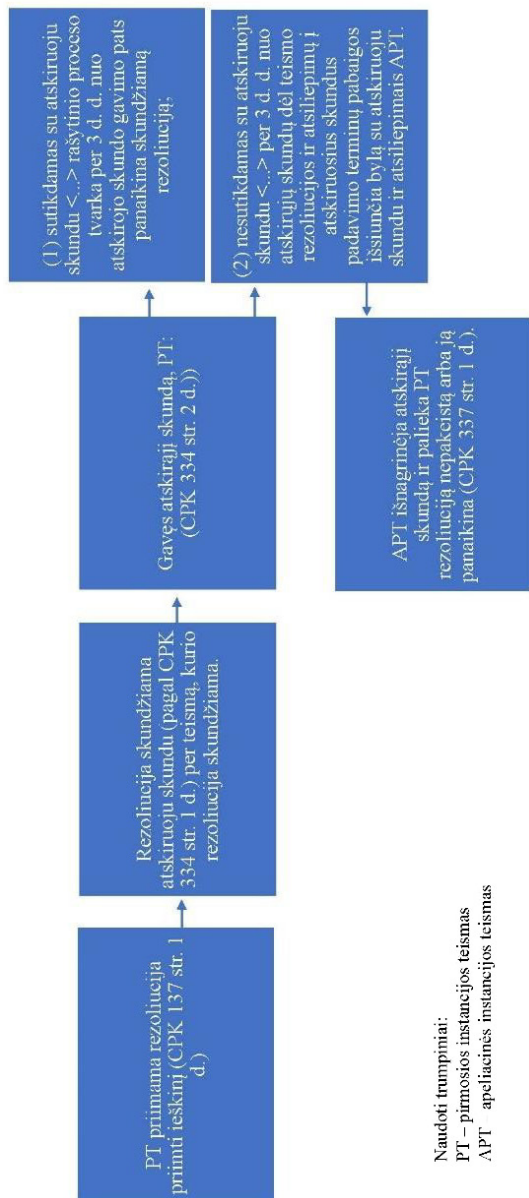
Ketvirta, abejojant nutartyse teismai, savo motyvuose atkreipia dėmesį į proceso koncentracijos ir ekonomiškumo principus, taip leisdami suprasti, jog skundžiant rezoliuciją atskirai, procesas vyksta greičiau.

Toliau, siekiant pagrįsti, kad rezoliucijos apskundimas neįgyvendina LAT praktikoje nurodytų tikslų, pateikiame rezoliucijos apskundimo ir prašymo palikti ieškinį nenagrinėtą procesų palyginimą.

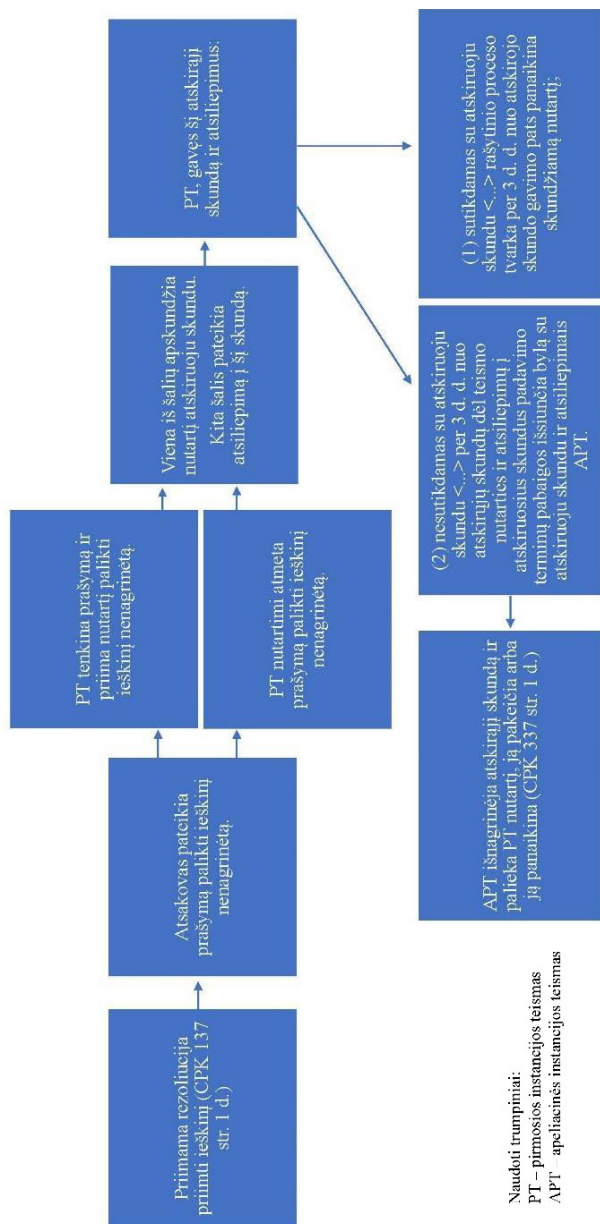
III. Rezoliucijos apskundimo ir prašymo palikti ieškinį nenagrinėtą procesai

a) Rezoliucijos apskundimo ir prašymo palikti ieškinį nenagrinėtą procesų palyginimas

Kaip jau minėta, tuos pačius tikslus, kurių siekiama apskundžiant rezoliuciją, galima pasiekti ir pateikus prašymą palikti ieškinį nenagrinėtą, todėl tikslinga palyginti šiuos procesus kartu ir įvertinti, ar tikrai apskundžiant rezoliuciją efektyviau įgyvendinami proceso ekonomiškumo ir koncentracijos principai.



1 paveikslas. Rezolucijos skundimo atskiraisiais skundais procesas



2 paveikslas. Galimas prašymo palikti iestkinį nenagrinėtą procesas

Kaip matyti iš pateiktos schemos (1 pav.), rezoliucijos priimti ieškinį apskundimo ir nagrinėjimo procesas iš esmės vyksta įprasta atskirųjų skundų (kurie, kaip minėta, pagal įstatymą gali būti pateikiami tik dėl nutarčių) nagrinėjimo tvarka: (i) priimama rezoliucija priimti ieškinį (CPK 137 str. 1 d.), (ii) atsakovas apskundžia šią rezoliuciją atskiruoju skundu per teismą, kurio priimta rezoliucija yra skundžiama (CPK 334 str. 1 d.), (iii) gavęs šį skundą pirmosios instancijos teismas: a) sutikdamas su atskiruoju skundu <...> rašytinio proceso tvarka per tris darbo dienas nuo atskirojo skundo gavimo pats panaikina skundžiamą rezoliuciją ir išsiunčia nutarties kopiją byloje dalyvaujantiems asmenims (ko, aukščiau aptartose bylose, nebuvo); b) nesutikdamas su atskiruoju skundu <...> per tris darbo dienas nuo atskirųjų skundų dėl teismo rezoliucijos ir atsiliepimų į atskiruosius skundus padavimo terminų pabaigos išsiunčia bylą su atskiruoju skundu ir atsiliepimais į atskirąjį skundą apeliacinės instancijos teismui, (iv) apeliacinės instancijos teismas, išnagrinėjęs skundą ir atsiliepimus, pagal CPK 337 str. arba a) palieka pirmosios instancijos teismo rezoliuciją galioti, arba b) ją panaikina. Kitoje scheme (2 pav.) pavaizduotas galimas prašymo palikti ieškinį nenagrinėtą nagrinėjimo procesas: (i) priimama rezoliucija priimti ieškinį (CPK 137 str. 1 d.), (ii) atsakovas pateikia prašymą palikti ieškinį nenagrinėtą (atskirai, arba kartu su atsiliepimu į ieškinį), ieškovas, jei aktualiu klausimu nebuvo pateikęs nuomonės ieškinyje, pateikia atsiliepimą į šį prašymą, (iii) pirmosios instancijos teismas arba a) tenkina prašymą ir priima nutartį palikti ieškinį nenagrinėtą, arba b) priima nutartį atsisakyti palikti ieškinį nenagrinėtą, (iv) šalis nesutinkanti su teismo nutarties motyvais, gali apskųsti nutartį atskiruoju skundu, (v) prasideda įprastas atskirųjų skundų nagrinėjimo procesas.

Toliau pateikiame esminius skirtumus tarp rezoliucijos priimti ieškinį skundimo atskiruoju skundu ir prašymo palikti ieškinį nenagrinėtą procesų.

Pirma, iš analizuotų teismų praktikos pavyzdžių matyti, kad teismui leidus skųsti rezoliuciją priimti ieškinį, pirmosios instancijos teismas iš esmės nenagrinėjo ginčijamo klausimo – bylos priskirtinumo teismui ar arbitražui, dėl kurio ir buvo teikiamas atskirasis skundas. Taip yra todėl, kad pirmosios instancijos teismas turi vertinti skundą dėl jo paties priimtų rezoliucijų – „nutarties“, kurioje nėra jokių motyvų. Sunku sutikti su teismų argumentu, jog neleidus apskųsti rezoliucijos, procesas prieštarautų ekonomiško ir koncentracijos principams, kai tuo tarpu apeliacinės instancijos teismas atlieka pirmosios instancijos teismo (klausimo sprendimo iš esmės), o ne apeliacinės (t. y. nutarties peržiūros) funkcijas.

Visai kitaip yra tuo atveju, kai paduodamas prašymas palikti ieškinį nenagrinėtą. Abiem šalims pateikus savo poziciją ir pirmosios instancijos teisme tenkinus ar atsisakius tenkinti prašymą, teismas išsamiai įvertina abiejų šalių pateiktas aplinkybes, įrodymus ir klausimą išsprendžia motyvuota nutartimi. Apskundus šią nutartį atskiruoju skundu, apeliacinės instancijos teismas jau atlieka peržiūros funkciją – įvertina ar pirmosios instancijos teismas priėmė teisingą sprendimą, taip užtikrinant, pirmiausia, teisės į teisingą teismo procesą įgyvendinimą.

Antra, akivaizdus prašymo palikti ieškinį nenagrinėtą pranašumas matomas vien dėl to, kad jis nėra prieštaraujantis įstatymo normoms. CPK tiesiogiai įtvirtina, jog rezoliucija yra neskundžiama. Skundžiant rezoliuciją, kaip minėta anksčiau, yra ignoruojamos ir kitos įstatymo normos, kaip, tarkime CPK 329 str. 2 d. 4 p., kuriame numatyta, jog nutartis (sprendimas) be motyvų yra absoliučiu negaliojimo pagrindu. Taigi, skundžiama rezoliucija, jeigu jai būtų taikomos visos analogiškos nutarties apskundimui normos, turėtų būti panaikinama ir ieškinio priėmimo klausimas turėtų būti grąžinamas nagrinėti į pirmosios instancijos teismą (CPK 327 str. 1 d. 1 p.). Pateikiant prašymą palikti ieškinį nenagrinėtą, turime visiškai kitokią situaciją – šalys byloje gali pateikti įvairius prašymus (CPK 110 str., 112 str. ir kt.), kuriuos teismas išsprendžia nutartimis (CPK 290 str., 1 d.). Taigi prašymo palikti ieškinį nenagrinėtą procesas atitinka įstatymo nuostatas.

Trečia, kaip neigiamas aspektas pažymėtinas ir kylantis neaiškumas dėl terminų – nėra aišku, per kiek laiko rezoliucija galėtų būti apskundžiama – ar turėtų būti laikomasi 7 dienų termino, skaičiuojamo nuo rezoliucijos priėmimo, ar nuo ieškinio kopijos gavimo dienos⁴, ar, galbūt, termino apskaičiavimui turėtų būti taikomos dar kitos (nežinomos) taisyklės. Tuo tarpu prašymas palikti ieškinį nenagrinėtą (nediskutuojant apie galimybę jį pateikti ir tolesnėje proceso eigoje) gali būti pateikiamas per atsiliepimui pateikti nustatytą terminą, kuris pradedamas skaičiuoti nuo ieškinio kopijos įteikimo dienos⁵.

Tam tikrais atvejais šie procesai ir gali būti labai panašūs – pirmosios instancijos teismui pačiam tenkinus atskirąjį skundą ir panaikinus rezoliuciją, taip pat, kaip ir tenkinus prašymą palikti ieškinį nenagrinėtą, pasiekiamas tas pats rezultatas – ieškinys paliekamas nenagrinėtas. Vis dėlto, tai taip pat tik patvirtina, jog rezoliucijos apskundimo procesas nėra pranašesnis – tą patį tikslą galima pasiekti ir neaiškinant įstatymo normų *contra legem*.

b) Proceso ekonomiškumo ir koncentruotumo principai versus teisė būti išklausytam

Proceso ekonomiškumo ir koncentruotumo principai neabejotinai, yra svarbi teisingo teismo proceso dalis. Šie principai, įtvirtinti EŽTK 6 str. 1 d., taip pat numatyti ir CPK 7 str. Minėtų principų įgyvendinimas padeda užtikrinti, kad procesas nebūtų

⁴ Pagal CPK 335 str. 2 d. skaičiuojama nuo rašytinės nutarties patvirtintos kopijos įteikimo dienos, bet rezoliucijos patvirtinta kopija šalims nėra pateikiama.

⁵ Lyginant šiuos procesus, be kita ko, verta paminėti, jog šalis tiek vienu, tiek kitu atveju prašymą ar skundą turėtų pateikti kaip įmanoma skubiau, nes, jei šalis civilinės bylos nagrinėjimo proceso pradžioje neginčija arbitražinės išlygos buvimo, o aktyviai pati dalyvauja teismo procese, laikoma, jog arbitražinės išlygos buvo atsisakyti šios konkludentiniais veiksmais (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2019 m. liepos 17 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-255-1075/2019).

vilkintas, civilinė byla išspręsta kuo greičiau - tiek teismo, tiek ginčo šalių veiksmais, ir, kad ginčas būtų išspręstas kuo mažesnėmis sąnaudomis. Šie principai įgyvendinami numatant įvairius procesinius terminus (CPK 72-78 str., 142 str. ir kt.), baudas už piktnaudžiavimą procesinėmis teisėmis (CPK 95 str., 106 str.) ir kitomis CPK normomis.

Galima daryti išvada, jog proceso koncentracijos ir ekonomiškumo principų taikymas padeda įgyvendinti vieną iš LR CPK 2 str. įtvirtintų civilinio proceso tikslų - kuo greičiau ir kaip įmanoma mažesniais resursais atkurti teisinę taiką tarp ginčo šalių (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2018 m. balandžio 19 d. nutartis civilinėje byloje), ko ir siekia teismai, leisdami apskūsti rezoliuciją priimti ieškinį. Vis dėl to, būtina paminėti, jog šių principų reikšmė ir taikymas negali būti laikomi absoliučiais ir kiekvienu atveju teismas, visų pirma, privalo užtikrinti teisingą teisminį bylos išnagrinėjimą.

Teisė į teisingą teismą yra ir EŽTK saugoma vertybė (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2019 m. kovo 21 d. nutartis civilinėje byloje). Jos garantija, bet kita ko, laikoma ir teisė būti išklausytam. Šis principas galioja abiem ginčo šalims ir yra įgyvendinamas ir CPK normomis (CPK 11 str., 117-134 str., 235 str. ir kitose⁶), taip pat, atskirais atvejais jo pažeidimas gali būti laikomas ir pagrindu panaikinti teismo sprendimą apeliacine ar kasacine tvarka (CPK 329 str. 3 d. 1 p., CPK 360 str.). Ši principą įgyvendinti padeda ir galimybė išdėstyti savo poziciją teismo posėdyje (CPK 15 str., 153 str., 186 str. ir kt.), taip pat ir pateikti atsiliepimus, prašymus ir kitokius procesinius dokumentus, kuriais siekiama atsikirsti į kitos šalies pareiškimus ir pan. (CPK 142 str., 318 str., 335 str. 2 d. ir kt.) (Mikelėnas *et al.* 2020, p. 114).

Autorių nuomone, šios teisės įgyvendinimo forma galėtų būti ir galimybė pateikti motyvuotą atskirąjį skundą, kuriuo pagrįstai „atsikertama“ į šalies nuomone, neteisingus pirmosios instancijos teismo nutarties motyvus. Vis dėlto, šalis negali to įgyvendinti, kai yra skundžiama rezoliucija, kadangi, rezoliucijoje nėra nurodomi jokie motyvai. Taip iš esmės apsunkinama tiek skundžiančios šalies, tiek teismo padėtis – gali kilti sunkumų pateikiant ir vertinant aplinkybes bei argumentus, kadangi negalima apskūsti konkrečių pirmosios instancijos teismo motyvų – iš esmės vis vien naudojamosi atsikirtimais į ieškovo pateiktus reikalavimus (kaip yra pateikiant prašymą ar atsiliepimą, o ne atskirąjį skundą) ir yra vertinami būtent pastarieji, o ne pačios teismo rezoliucijos pagrįstumas ir teisingumas. Taigi, nors teisė būti išklausytam, sąlyginai ir yra įgyvendinama, bet yra įgyvendinama nepakankamai efektyviai.

Taip pat, galima pastebėti ir klūčių, kurių atsiranda ieškovui būti išklausytam. Kaip jau minėta, lyginant procesus, atsakovo atsiliepimas, rezoliucijos priimti ieškinį apskundimo procese, yra gaunamas ir nagrinėjamas tik jau apeliacinės instancijos teisme

⁶ Pavyzdžiui, CPK 117-132 str. įtvirtintos įvairios procesinių dokumentų įteikimo taisyklės, kurios užtikrina asmens galimybę susipažinti su šiais dokumentais ir pateikti savo poziciją šiais klausimais; 133 ir 134 str. įtvirtinta šaukimų ir pranešimų įteikimo tvarka, užtikrinant asmeniui teisę išsakyti savo poziciją teismo posėdyje ar atlikti tam tikrus procesinius veiksmus; 253 str. reglamentuojamos baigiamosios kalbos, kuriose pasisako ginčo šalys, ir kt.

(pagal CPK 334 str. 2 d. 2 p., t. y. nors jis pateikiamas pirmosios instancijos teismui, tačiau pirmosios instancijos teismas jo nenagrinėja ir nevertina, o persiunčia apeliacinės instancijos teismui). Dėl šios priežasties, jeigu ieškinyje nebuvo pateikta šio pozicija dėl, tarkime, arbitražinio susitarimo nebuvimo, pirmosios instancijos teismui panaikinus rezoliuciją, ieškovas pirmosios instancijos teismo gali likti neišklausytas. Tuo tarpu, pateikus prašymą palikti ieškinį nenagrinėtą, teismas, vadovaudamasis lygiateisiškumo ir rungimosi principais, turėtų pirma sužinoti ieškovo poziciją ginčijamu klausimu ir tik tada priimti motyvuotą sprendimą dėl prašymo tenkinimo, taip užtikrinant abiejų šalių lygias teises būti išklausytomis.

Be kita ko, ir kitais aspektais apskritai galima dvejoti dėl koncentruotumo ir ekonomiškumo principų tinkamo įgyvendinimo, leidžiant apskųsti rezoliuciją. Kaip jau minėta, iš esmės šis procesas beveik visada pasiekia apeliacinės instancijos teismą, kuris nagrinėja šį skundą kaip pirmos instancijos teismas. Taigi, tikėtina, jog bus pasitelkiami jau dviejų teismų resursai, taigi, ne tik ginčas yra sprendžiamas per, tikėtina, didesnę skaičių teismo posėdžių, bet taip pat tiek valstybės, tiek pačių šalių, tikėtina, proceso metu patirtos išlaidos bus kur kas didesnės.

Atsakovui nesutinkant su bylos iškėlimo faktu ir paduodant prašymą palikti ieškinį nenagrinėtą pasiekiami naudingesni rezultatai, negu skundžiant rezoliuciją priimti ieškinį.

1. Svarbiausias argumentas palaikantis šią poziciją – pateikus prašymą palikti ieškinį nenagrinėtą, apeliacinės instancijos teismas atlieka savo funkciją – t. y. peržiūri pirmos instancijos teismo nutartį (kurioje motyvuotai pasisakoma, kodėl atsisakoma tenkinti prašymą), o ne rezoliuciją be motyvų, atlikdamas iš esmės pirmos instancijos teismo funkciją.
2. Autorių neįtikina teismų motyvai dėl rezoliucijos apskundimo atitikties proceso ekonomiškumo ir koncentruotumo principams. Tam, kad būtų galima įgyvendinti asmens teisę į teisingą teismą ir užtikrinti tinkamą bylos išnagrinėjimą, negalima proceso koncentruotumo ir ekonomiškumo principų laikyti absoliučiais, kaip tai padarė teismai leisdami skųsti rezoliuciją, kuria išsprendžiamas ieškinio priėmimo klausimas. Būtina užtikrinti šalių lygiateisiškumą bei galimybę susipažinti su teismo motyvais ir kitų teisės į teisingą teismo procesą elementų įgyvendinimą, kurie ne visada galimi rezoliucijos priimti ieškinį skundimo procese.
3. Atliktos lyginamosios analizės duomenys įrodo, kad daug naudingiau yra pasitelkti įstatymui neprieštaraujančią gynybos priemonę – prašymą palikti ieškinį nenagrinėtą, taip ne tik įgyvendinant aukščiau minėtus tikslus, bet taip pat ir neprarandant galimybių įgyvendinti proceso koncentruotumo ir ekonomiškumo principus.
4. Autorių nuomone, teismai turėtų pakeisti esamą praktiką (nors ji ir nėra gausi) ir išaiškinti, kaip tai nurodyta ir CPK, kad rezoliucija visais atvejais yra neskundžiama. Gavę šalių atskiruosius skundus dėl rezoliucijos panaikinimo, teismai

turėtų traktuoti tokius skundus kaip prašymus dėl ieškinio palikimo nenagrinėto ir, išklašius priešingos šalies nuomonės, išspręsti šį klausimą priimant nutartį palikti ieškinį nenagrinėtą arba atsisakyti tenkinti prašymą dėl ieškinio palikimo nenagrinėto.

Tarptautiniai teisės norminiai aktai:

1. Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija, iš dalies pakeista protokolais Nr. 11 ir Nr. 14 (1950). *Valstybės žinios*, 2011, 156-7390;

Lietuvos teisės norminiai aktai:

2. Lietuvos Respublikos Konstitucija (1992). *Valstybės žinios*, 33-1014;
3. Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. Civilinio proceso kodeksas (2002). *Valstybės žinios*, 2002, 36-1340;

Specialioji literatūra:

4. Laužikas, E., Mikelėnas, V., Nekrošius, V. (2005). *Civilinio proceso teisė. II tomas*. Vadovėlis, Vilnius: Justitia;
5. Mikelėnas, V. et al. (2020). *Civilinio proceso teisė. Bendroji dalis. 1 knyga*. Vilniaus universiteto vadovėlis. Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla;

Teismų praktika:

6. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2010 m. vasario 9 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-64/2010.
7. Lietuvos apeliacinio teismo 2013 m. kovo 7 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 2-938/2013;
8. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2016 m. sausio 13 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-76-421/2016;
9. Lietuvos apeliacinio teismo 2016 m. kovo 31 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e2-614-241/2016;
10. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2018 m. balandžio 19 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-111-701/2018;
11. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2019 m. kovo 21 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-7-16-313/2019;
12. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2019 m. liepos 17 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-255-1075/2019

REZOLIUCIJOS PRIIMTI IEŠKINĮ APSKUNDIMO PROBLEMATIKA

Santrauka

Šiame straipsnyje analizuojami probleminiai rezoliucijos priimti ieškinį apskundimo aspektai. Atsižvelgus į klausimus, kuriuos CPK leidžia spręsti rezoliuciją, akivaizdu, jog tai yra tik tokie klausimai, kurių nereikalaujama argumentuoti ir dėl kurių negali būti paduodamas atskiras skundas (t. y. įtvirtintas rezoliucijos neskundžiamumas). Sprendžiant klausimą rezoliucija įgyvendinamas teisminės gynybos prieinamumo principas – klausimas yra išsprendžiamas sąlyginai greitai (teismas nėra įpareigotas surašyti priimamo sprendimo motyvus), nėra sudaromos neadekvačios, neproporcingos kliūtys siekiant ginčo šaliai pasinaudoti teismine gynyba.

Nors šiuo metu teismų praktikoje rezoliuciją buvo leista skųsti tik bylose kuriose atsakovai kvestionavo ieškinio priėmimą dėl to, kad šalys buvo sudariusios arbitražinę susitarimą, autorių nuomone, ši praktika neturėtų tapti įprasta. Detali rezoliucijos priimti ieškinį apskundimo ir prašymo palikti ieškinį nenagrinėtą procesų lyginamoji analizė, leidžia daryti išvadą, kad leidimas apskųsti rezoliuciją nėra pagrįstas ir reikalingas. Dėl šios priežasties kritikuojami teismų motyvai, jog neleidus skųsti rezoliucijos, būtų prieštaraujama proceso ekonomiškumo ir koncentracijos principams. Tokie patys ir dar naudingesni rezultatai gali būti pasiekiami ne skundžiant rezoliuciją ir *contra legem* aiškinant CPK normas, o teikiant prašymą palikti ieškinį nenagrinėtą. Pastaruoju atveju, apeliacinės instancijos teismas atlieka savo funkciją – t. y. peržiūri pirmos instancijos teismo nutartį, o ne rezoliuciją be motyvų, atlikdamas iš esmės pirmos instancijos teismo funkciją.

Pateikus prašymą palikti ieškinį nenagrinėtą taip pat užtikrinamas šalių lygiateisiškumas bei galimybė susipažinti su teismo motyvais ir kiti teisės į teisingą teismo procesą elementai, kurie ne visada galimi rezoliucijos priimti ieškinį skundimo procese. Dėl šios priežasties, autorių nuomone, teismai gavę šalių atskiruosius skundus dėl rezoliucijos panaikinimo, turėtų traktuoti tokius skundus kaip prašymus dėl ieškinio palikimo nenagrinėto ir, išklausius priešingos šalies nuomonės, išspręsti šį klausimą priimant nutartį palikti ieškinį nenagrinėtą arba atsisakyti tenkinti prašymą dėl ieškinio palikimo nenagrinėto.

PROBLEMATIC ASPECTS OF THE APPEAL AGAINST THE RESOLUTION BY WHICH A QUESTION OF THE ACCEPTANCE OF A STATEMENT OF CLAIM IS RESOLVED

Summary

This article is dedicated to analyse the problematic aspects of the appeal against the resolution by which a question of the acceptance of a statement of claim is resolved. Given the issues that the Civil procedure code allows to be resolved by a resolution, it is clear that these are only issues that are not required to be reasoned and cannot be the subject of a separate appeal (i.e. it is established that the resolution is not appealable). The resolution implements the principle of access to justice – the issue is resolved relatively quickly (the court is not obliged to state its reasons for the decision), it does not create inadequate, disproportionate obstacles to the party of the dispute to use judicial protection.

Although so far the case law allowed the resolution to be appealed only in cases where the defendants questioned the acceptance of a statement of claim because of the arbitration clause between the parties, the authors consider that this practice should not become habitual. A detailed comparative analysis of the appeal against the resolution by which a question of the acceptance of a statement of claim is resolved and the request to leave petition unconsidered proceedings leads to the conclusion that permission to appeal against the resolution is not justified and necessary. Consequently, the courts' reasoning that not allowing to appeal against the resolution would run counter to the principles of procedural economy and concentration is criticisable. The same objectives can be achieved not by appealing against the resolution and interpreting the norms of Civil procedure code *contra legem* but by requesting to leave petition unconsidered. In the latter case, the appellate court performs its function - i. e. review the ruling of the court of first instance, rather than the resolution, with no motives, essentially acting as a court of first instance.

A request to leave petition unconsidered also ensures equality of parties, access to court reasoning and other elements of the right to a fair trial, which are not always possible in a process of the appeal against the resolution by which a question of the acceptance of a statement of claim is resolved. For this reason, in the authors' opinion, the courts should deal with such appeals as requests to leave petition unconsidered and, after hearing the opposing party, resolve the issue by a ruling for the petition to be left unconsidered or refusing to grant the request.

VAIKO ATVAIZDO NAUDOJIMAS REKLAMAI SOCIALINIUOSE TINKLUOSE

Beatričė Jasinskaitė, Monika Ubavičiūtė

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto

4-ojo kurso studentės

Saulėtekio al. 9, LT-10222 Vilnius

El. Paštas: monika.ubaviciute@tf.stud.vu.lt; beatrice.jasinskaite@tf.stud.vu.lt

Darbo vadovas Doc. dr. Danguolė Bublienė

El. paštas danguole.bubliene@tf.vu.lt

Moksliniame darbe akcentuojama, kad yra reikalinga imtis teisinio reguliavimo priemonių, kurios užtikrintų vaiko kaip informacijos kūrėjo teisės internetinėje erdvėje, nes vaikas yra itin pažeidžiamas visuomenės narys. Šiuo metu egzistuojantis reguliavimo mechanizmas nėra pajėgus apginti vaiko teisių, kai jo atvaizdas yra naudojamas reklamai netinkamai socialiniuose tinkluose. Dėl šios priežasties vaikas gali patirti tėvų piktnaudžiavimą valdžia, negarantuojama vaiko teisė į poilsį, turto atskirumo principas.

The research is mainly focused on taking legal regulatory measures that ensure the child's rights to share information on the internet space, because the child is a vulnerable member of society. The current regulatory mechanism is not capable of protecting the rights of a child when his or her image is appropriate for promotional social networks. For this reason, the child may experience parental abuse of power, the child's right to rest is not guaranteed, as well as the principle of separation of property.

|vadas

Nagrinėjamos temos aktualumas. Populiarėjant socialinių tinklų platformoms, išryškėja ir socialinių tinklų vartotojai, kurie savo publikuojamu turiniu pritraukia kitus vartotojus stebėti jo publikuojamą turinį. Verslo subjektai, pastebėję tokius vartotojus, jau ne pirmus metus išnaudoja tokias galimybes kreipdamiesi į nuomonės formuotojus su apmokamos reklamos pasiūlymais. Tačiau didėjant platformų naudotojų skaičiui ir plečiantis kontingentui, tam tikri nuomonės formuotojai, siekdami į savo turinį atkreipti tam tikros tikslinės auditorijos dėmesį, vis dažniau įtraukia nepilnamečius

vaikus, naudodami jų atvaizdą. Nepilnamečio vaiko atvaizdas gali būti naudojamas ne tik siekiant praplėsti savo sekėjų skaičių, bet taip pat reklamuojant verslo subjektų produktus ar paslaugas.

Egzistuojant tokiai situacijai, kai nepilnamečio vaiko atvaizdas yra naudojamas reklamai socialiniuose tinkluose kyla daug klausimų. Kaip antai, svarbu aiškintis, ar tėvai naudodami vaiko atvaizdą reklamai veikia išimtinai geriausiais vaiko interesais, ar tikrai nepasireiškia tėvų piktnaudžiavimo valdžia aspektų? Kaip žinia, norint naudoti vaiko atvaizdą yra reikalingas vieno iš tėvų sutikimas, tačiau galima kelti klausimą, ar tėvai naudodami vaiko atvaizdą (preziuruojant, kad sutikimą jie davė patys sau publikuoti nepilnamečio atvaizdą) socialiniuose tinkluose, kuriuose publikuojamą turinį mato didelis kiekis vartotojų, nepažeidžia paties vaiko teisės į privatumą? Taip pat keliant tokius klausimus reikia turėti omenyje, kad vaiko interesai yra prioritetiniai prieš tėvų.

Pažymėtina, kad ir vaiko atvaizdo naudojimas reklamai socialiniuose tinkluose konkrečiai nėra reglamentuotas, todėl taikomos bendrosios nuostatos, kad esant atvaizdo pažeidimui socialinėje erdvėje, skundus nagrinėja Žurnalistų etikos inspekcija, o skundus paduoda Vaiko teisių apsaugos ir įvaikinimo tarnyba (toliau – Tarnyba), kuri šioje situacijoje atstovauja vaiko interesus. Vis dėlto, kyla klausimas, kas vykdo priežiūros kontrolę socialiniuose tinkluose, kad vaiko atvaizdo naudojimas reklamoje nepažeistų vaiko teisių ir interesų? Šie ir kiti klausimai, pabrėžiantys temos aktualumą ir bus nagrinėjami toliau.

Tyrimo tikslas – įrodyti, kad dėl teisinio reguliavimo trūkumo, nėra užtikrinamos vaiko teisės naudojant vaiko atvaizdą reklamai socialiniuose tinkluose.

Tyrimo uždaviniai:

1. atskleisti vaiko kaip specifinio teisinių santykių subjekto sampratą;
2. išnagrinėti vaiko teisės į atvaizdą užtikrinimą;
3. įvertinti ar socialinių tinklų reklamos samprata ir priežiūros kontrolė yra pakankama;
4. palyginti vaiko turto gausinimo principą su vaiko turto atskirumo principu ir atskleisti kaip šie principai yra užtikrinami juos įgyvendinant;
5. atskleisti kada yra veikiamas vaiko interesais, o kada ši riba yra peržengiama ir prasideda piktnaudžiavimas tėvų valdžia socialiniuose tinkluose;
6. įvertinti įstatyminių atstovų pareigas vaiko teisės į atvaizdą kontekste;
7. išanalizuoti valstybės pozityvią pareigą veikti komercinio vaiko atvaizdo naudojimo socialiniuose tinkluose srityje ir pateikti pasiūlymus kaip šį pareigą galėtų būti įgyvendinta;
8. įvertinti Prancūzijos pasirinktą reguliavimo mechanizmą vaiko teisės į atvaizdą kontekste.

Tyrimo objektas – darbe atskleidžiamas vaiko atvaizdo naudojimas reklamai socialiniuose tinkluose. Analizuojama: a) vaiko teisės į atvaizdą Tarptautinės ir Lietuvos teisės turinys b) vaiko atvaizdo naudojimas reklamai socialiniuose tinkluose proble-

matika; c) vaiko teisės į atvaizdą užtikrinimo kontrolės elementai. Didžiausias dėmesys yra skiriamas kriterijams, kuriais remiantis atsiranda poreikis pradėti veikti teisiniui reguliavimui, dėl vaiko atvaizdo tinkamo naudojimo.

Tyrimo metodai. Rengiant šį straipsnį, bus naudojami lyginamasis, loginis, sisteminis ir teleologinis tyrimo metodai:

1. lyginamasis metodas bus naudojamas lyginant vaiko turto gausinimo ir vaiko turto atskirumo principų aspektus, norint patikrinti ar naudojant vaiko atvaizdą reklamai socialiniuose tinkluose šie principai veikia ir ar jų yra laikomasi. Šis tyrimo metodas taip pat padės atskleisti ribą, kada yra veikama vaiko interesais, o kada įstatyminiai atstovai šią ribą peržengia ir pradeda piktnaudžiauti jiems suteikta valdžia, nagrinėjant ar vaiko atvaizdo naudojimas reklamai socialiniuose tinkluose netampa vaiko darbu;
2. loginis metodas – jo pagalba bus aiškinamas teisės aktų normų turinys bei teikiama pasiūlymai, atsižvelgiant į trūkstamą teisinį reguliavimą vaiko atvaizdo naudojimo socialiniuose tinkluose atžvilgiu. Taip pat remiantis šiuo metodu bus rengiami apibendrinimai;
3. sisteminis metodas – pasitelkiant sisteminį metodą analizuojamos esamos teisinis reguliavimas tarpautinės ir Lietuvos teisės ribose, susijęs su vaiko teise į atvaizdą, taip pat tėvų valdžios teise ir kita;
4. teleologinis metodas – bus naudojamas ta apimtimi, siekiant paaiškinti, kodėl įstatymų leidėjo iki šiol nėra apibrėžtas temoje taikomas teisinis reguliavimas ir kodėl artimiausiu metu jis turi būti sureglamentuotas.

Darbo originalumas – originalumas pasireiškia tuo, jog nors nuomonės formuotojų elgesys socialiniuose tinkluose analizuojamas, tačiau neanalizuojamas nuomonės formuotojų filmuojamo/fotografuojamo vaiko teisės į atvaizdą užtikrinimas. Taip pat Lietuvos teisės mokslininkų straipsnių šia tematika nėra, o kitų socialinių sričių mokslininkų straipsnių yra vos keletas. Tad pasirinkta tema originali tuo, jog ji vis dar nėra atskleista ir pristatyta kaip itin aktuali šiandieninei visuomenei.

Pagrindiniai šaltiniai. Šiame darbe bus nagrinėjamas Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas, Vaiko teisių apsaugos pagrindų įstatymas. Didelis dėmesys bus skiriamas Vaiko teisių konvencijos (toliau – Konvencija) 3, 12, 13, 16, 18 straipsniams. Vertinant socialinių tinklų reklamos sampratą ir priežiūros kontrolę bus remiamasi Reklamos įstatymu ir Valstybinės vartotojų teisių apsaugos tarnybos direktoriaus 2019 m. įsakyму Nr. 1-39 „dėl reklamos žymėjimo socialinėje erdvėje gairių patvirtinimo“. Analizuojant vaiko privatumo aspektus bus remiamasi socialinės psichologijos profesorės Sonia Livingstone moksliniais straipsniais, taip pat kitų užsienio mokslininkų (sociologų, psichologų) moksliniais straipsniais.

1. Vaiko teisės į atvaizdą turinys

1.1. Vaikas kaip specifinis teisinių santykių subjektas

Vaiko teisių apsaugos pagrindų įstatymo (toliau – VTAPI) 2 straipsnio 11 dalyje yra apibrėžta vaiko sąvoka, kurioje yra nurodoma, kad vaiku yra laikomas asmuo iki 18 metų, išskyrus įstatymų nustatytas išimtis. Ši įstatymo nuostata buvo inkorporuota iš Vaiko teisių konvencijos, kuri iš esmės pakeitė vaiko, kaip teisės subjekto, teisinį statusą, egzistavusį Lietuvoje iki Vaiko teisių konvencijos ratifikavimo.¹ Santuokos ir šeimos kodeksas, galiojęs iki 2000 m., nenumatė nepilnamečių vaikų teisių – jos buvo pripažįstamos išvestinėmis iš jų tėvų teisių (Stripeikienė, 2003 m., 13 p.). Situacija pasikeitė ir buvo išspręsta įsigaliojus naujam Civiliniam kodeksui (toliau – CK). Dabar vaikas kaip ir suaugęs asmuo yra civilinės apyvartos dalyvis tiek asmeninių turtinių santykių, tiek asmeninių neturtinių santykių srityje. Tačiau nepilnamečiai yra specifiniai teisinių santykių subjektai, nes iki pat pilnametystės nėra visiškai veiksnūs, todėl jų teises dažnai įgyvendina tėvai, veikdami vaiko interesais. Iki 14 metų vaikai turi dalinį veiksnumą ir savarankiškai gali sudaryti smulkius buitinius sandorius, sandorius, susijusius su asmeninės naudos gavimu neatlygintinai bei valdomų lėšų panaudojimu (CK, 2000). Visus kitus sandorius nepilnamečių iki 14 metų vardu sudaro jų tėvai. Nepilnamečiai nuo 14 iki 18 metų yra santykinai veiksnūs, jie savarankiškai gali įgyvendinti jau aptartas teises, kurias turi nepilnamečiai iki 14 metų, taip pat prisideda dar dalis teisių, kurias nepilnamečiai nuo 14 iki 18 metų gali įgyvendinti savarankiškai, o likusias teises gali įgyvendinti, turėdami įstatyminių atstovų sutikimą. Siekiant apibrėžti nagrinėjamos temos ribas, toliau darbe bus analizuojami tik nepilnamečiai iki 14 metų kaip specifiniai teisinių santykių subjektai.

Nepaisant vaikų veiksnumo stokos dėl jų nesusiformavusio gebėjimo suvokti savo veiksmus ir jais įgyti civilines teises ar sukurti pareigas, VTAPI 4 straipsnio 4 punkte (Vaiko teisių apsaugos pagrindų įstatymas, 2017) nurodoma, kad vaikas, kuris geba formuoti savo nuomonę, į jo nuomonę turi būti atsižvelgiama, įvertinus vaiko amžių ir brandą. Brandos kriterijus yra vertinamasis požymis, būtent dėl to, kad nepilnamečiai gali būti labiau subrendę socialiai nei teisiškai, todėl vertinant vaiko nuomonę yra svarbu atsižvelgti ne tik į amžių, bet ir į brandą. Vertinant vaiko galimybę ir brandą išreikšti savo nuomonę, būtina atsižvelgti ir į psichologijos mokslo išskirtus aspektus. Tik vidurinėsios vaikystės (konkretaus operacinio mąstymo) metu, kuri prasideda nuo 7 ir trunka iki 12 metų, vaikas pradeda suprasti priežasčių ir pasekmių tarpusavio ryšius (Žukauskienė, 1996, 86 p.). Viduriniojoje vaikystėje tobulėja vaiko loginis mąstymas,

¹ Tiesa, 1980 metų Hagos konvencijoje dėl tarptautinio vaikų grobimo civilinių aspektų[1] yra nurodyta, kad vaiku yra laikomas asmuo iki 16 metų, tačiau nagrinėjamos temos aspektu 1980 metų Hagos konvencija nėra aktuali, todėl toliau apie tai nepasisakytina.

suvokimas, dėmesys ir atmintis, šiais sugebėjimais vaikas naudojasi vienu metu, sprendamas jam iškilusias problemas (*Ibid*, 223 p.). Šiuo laikotarpiu vaikai supranta galimas pasekmes dėl veiksmo, todėl jau geba formuoti savo nuomonę patys arba su kitų pagalba. O paauglystės metu vaikai stiprina vidurinėsios vaikystės metu suformuotą intelektą.

Kaip jau minėta, kiekvienas bręsta individualiai, todėl pažintinės raidos ribos yra tik apytikrės ir kiekvienas vaikas sekančią raidą gali pasiekti skirtingu metu. Tam didelės įtakos turi ne tik įgimtos savybės, nuo kurių priklauso raidos greitis, bet ir aplinkos sąlygos (Žukauskienė, 1996, 84 p.). Viena iš aplinkos sąlygų, kuri turi didelę įtaką vaiko pažintinei raidai yra tėvai, su kuriais vaikas auga. Tėvai ne tik įtakoja vaiko pažintinę raidą, bet taip pat turi įtaką ir vaiko vienam iš pašąmonės elementų formavimuisi – *superego*. *Superego* – tai suformuotos vertybės ir tradicijos, kurias dažnai perduoda tėvai. Brazilijos pilietė Gabriella Severino (14 metų) internete žinoma kaip *melodyoficial3* yra pavyzdys, kokią didžiulę įtaką vaiko brandai daro tėvai.

Merginos tėvui siekiant išgarsėti ir užsidirbti pinigų, jo dukra jau 8 metų buvo filmuojama muzikiniuose vaizdo klipuose, kurie pasižymėdavo seksizmu. Vėliau merginai buvo sukurta Instagram paskyra ir kadangi paskyra buvo sukurta iki merginai sulaukiant 13 metų, tai yra anksčiau nei leidžia Instagram taisyklės, paskyroje buvo nurodyta, kad ją administruoja jos mama. Tokiu būdu naudojamas vaiko atvaizdas pažeisdamas vaiko orumą, o laiku nesustabdytas netinkamas atvaizdo naudojimas, turėjo įtakos tolimesnei vaiko raidai. Šiuo metu Gabriella jau sulaukusi 13 metų amžiaus ir paskyrą valdo pati, tačiau dėl tėvo elgesio su vaiku ir įskiepyto *superego* mergina elgiasi ne pagal savo amžių, kas yra nebūdinga šiuolaikiniams nepilnamečiams, kadangi yra pastebima kad šiais laikais vaikų psichosocialinė ir pažintinė raida trunka ilgiau nei įprastai (Sakalauskas, 2013, p. 16).

Nors vaikai ir pripažįstami pilnaverčiais civilinės apyvartos dalyviais, kurių teises, veikdami vaiko interesais, dažniausiai įgyvendina tėvai dėl vaikų veiksnio stokos, tačiau tėvai išlieka pagrindiniu aplinkos veiksniu, kuris gali daryti įtaką vaikų brandai. Panaudota tėvų įtaka priešinga vaikų interesams gali būti padaroma žala vaikui ne tik brandos aspektu, bet ir kitais aspektais, pavyzdžiui gali nukentėti vaiko turiniai ir neturiniai interesai. Vaikui nebe pagrindo reikia ypatingos jo teisių ir laisvių apsaugos, jis yra itin pažeidžiamas visuomenės narys dėl fizinio ir psichinio brandumo stokos.

1.2. Vaiko teisė į atvaizdą

Vaiko teisių konvencijos 16 straipsnio 1 dalis nustato, kad nė vienas vaikas neturi patirti savavališko ar neteisėto kišimosi į jo asmeninį gyvenimą, apimančių ir teisę į atvaizdą, tačiau atsižvelgus į Lietuvos teisinį reglamentavimą toks vaiko apsaugos elementas nėra išskiriamas. Ši teisė yra sudėtinė teisė į žmogaus privataus gyvenimo neliečiamumą ir privatumą dalis, įtvirtinta Konstitucijos 22 straipsnyje, ko dalimi pri-

pažįstama ir asmens duomuo (nuotrauka). Sukonkretinta šios teisės apsauga įtvirtinta CK 2.22 straipsnio 1 dalyje, kurioje numatyta, asmens teisė į atvaizdą kaip asmeninė neturtinė teisė, kuria gali būti leidžiama disponuoti (atgaminti, parduoti, demonstruoti, spausdinti) – tik paties asmens sutikimu. Svarbu atkreipti dėmesį, kad pagal susiklosčiusią Lietuvos Aukščiausiojo teismo praktiką, kuri remiasi Visuomenės informavimo įstatymo 13 straipsnio 1 dalies 5 punktu, tik pats asmuo, o jei jis yra nepilnametis – tai jo tėvai (įtėviai, globėjai) gali spręsti dėl sutikimo naudoti nepilnamečio asmens atvaizdą (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011 m. gegužės 31 d. nutartis civilinėje byloje). Toks teisinis reguliavimas kildinamas iš nepilnamečio kaip specifinio teisinių santykių subjekto padėties, t.y. kad tėvai atstovauja savo nepilnamečių vaikų interesus. Visuomenės informavimo įstatyme nurodoma, kad draudimą naudoti vaiko atvaizdą gali išreikšti ir pats vaikas, tačiau įstatymų leidėjas nedetalizuoja nuo kokio amžiaus turi būti paisoma nepilnamečio asmens išreikštos valios, nes, kaip jau aptarta, vaiko nuomonės išklausymo aspekte, dominuoja brandos kriterijus.

Apie vaiko atvaizdo apsaugos svarbą pasisakoma ir Europos Žmogaus Teisių Teismo (toliau – EŽTT) byloje dėl kūdikio inkubatoriuje atvaizdo. EŽTT konstatavo, kad „teisė į atvaizdo apsaugą yra viena pagrindinių asmeninės raidos sudėtinių dalių ir suponuoja teisę kontroliuoti šio atvaizdo naudojimą“. Apskritai tarptautiniuose aktuose, tokiuose kaip Tarptautinio ekonominių, socialinių ir kultūrinių teisių pakte, Vaiko teisių konvencijos preambulėje, pabrėžiama, kad vaikui yra reikalinga ypatinga jo teisių ir pagrindinių laisvių apsauga, nes jis yra pažeidžiamas visuomenės narys dėl fizinio ir psichinio nebrandumo. Vaiko teisė į atvaizdą yra pripažįstama asmens privataus gyvenimo dalimi (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011 m. gegužės 31 d. nutartis civilinėje byloje). Tėvams *barteriams*, *influenceriams* nuolatos dalinantis vaiko atvaizdu internete, nėra užtikrinama vaiko teisė į privatumą. Priklausomai nuo šeimos struktūros, gyvenimo sąlygų ir ekonominių bei kitų veiksnių, lemiančių vaiko turimą privačią erdvę, vaiko teisės į privatumą sampratą tėvai suvokia skirtingai (Convention on the Rights of ..., 1989, p. 203). Tačiau visais atvejais teisė į privatumą reikalauja, kad vaikas: a) žinotų apie jį saugomą ir skelbiamą informaciją; b) žinotų, kodėl tokia informacija saugoma ir kas ją kontroliuoja; c) turėtų prieigą prie tokių įrašų. Vaikas taip pat turėtų žinoti, kas dar turi prieigą prie tokios informacijos (Convention on the Rights of ..., 1989, p. 209).

Nors tėvai ir turi veikti geriausiaisiais savo vaiko interesais, išlieka galimybė, kad *influenceriai* tėvai vaikų neinformuoja apie jo atvaizdo naudojimo apimtį, tačiau nėra sukurtas įstatyminio mechanizmo patikrinti ar vaikas, tai žino. Nuomonės formuotojų paskyros yra lengvai prieinamos, nes jos dažniausiai yra viešos (nereikia paskyros valdytojo sutikimo, kad asmuo galėtų sekti paskyros turinį), vartotojai stebintys paskyrą gali išlikti anonimiški, nepateikdami savo asmens duomenų paskyroje, o vaikas, kurio atvaizdo naudojimu yra piktnaudžiaujama *influencerių* tėvų paskyroje, gali patirti itin neigiamas pasekmes ateityje, tokias kaip patyčias ar nepritapimą savo bendraamžių grupėje. Ši

teisės į privatumą užtikrinimo problema atsirado ne socialinėje erdvėje, bet egzistavo ir anksčiau, o galinčias kilti neigiamas pasekmes dėl vaiko teisės į atvaizdą neįgyvendinimo puikiai iliustruoja Kristoferio Robino gyvenimas, kuris buvo portretuojamas „Mikės Pūkuotuko“ kūrinuose.

Taigi, vaiko teisė į atvaizdą nėra individualizuojama atskirai įstatymu. Tačiau paabrėžiama, jog nepilnamečio asmens atvaizdo naudojimas galimas tik esant tėvų (įtėvių, globėjų) išreikštam sutikimui, nebent nepilnametis pats pajėgus išreikšti savo nuomonę. Teisė į atvaizdą yra pripažįstama privataus gyvenimo dalimi, dėl to tėvai turėtų itin atsakingai eksploatuoti nepilnamečio atvaizdą, nes netinkamas atvaizdo naudojimas nepilnamečiui gali turėti itin žalingų pasekmių ateityje.

2. Vaiko atvaizdo naudojimo reklamai socialiniuose tinkluose problematika

Nuomonės formuotojai šiuo metu yra pasiekę piką ir didelis visuomenės dėmesys yra nukreiptas į juos. Jeigu motina yra *influencerė* dar prieš vaikui gimstant, tai vaikas tampa *mikro-mikroinfluenceris* dar būdamas moters gimdoje nuo to momento, kai motina pradeda dalintis informacija apie savo nėštumą, (Abidin, 2017). Įmonės, kurios užsiima vaikiškų prekių pardavimu, automatiškai siekia bendradarbiavimo su tokiomis nuomonės formuotojomis, kurios nuo nepilnamečio vaiko mažų dienų dalinasi jo atvaizdu socialinėje erdvėje, nes reklama pasieks įmonei reikalingą auditoriją. Vaiko atvaizdo naudojimas reklamai socialiniuose tinkluose vis dažniau propaguojamas elgesys, tačiau nėra aišku ar vaiko interesai yra užtikrinami, tėvams naudojant jų vaikų atvaizdą marketingo tikslams socialinėje erdvėje.

2.1. Socialinių tinklų reklamos samprata ir priežiūros kontrolė

Nuomonės formuotojai ne tik dalinasi savo kasdieniniu gyvenimu, reiškia nuomonės tam tikrais aspektais, bet ir užsiima komercine veikla, darydami reklamas. Skleidžiamas nuomonės formuotojo – *influencerio* turinys pripažįstamas reklama, kai jis atitinka reklamos tikslą, tai yra skatina sekėjus įsigyti reklamuojamas prekes bei už skleidžiamą turinį sumokama pagal *influencerio* įkainius, kurie priklauso nuo turimų sekėjų skaičiaus, įsitraukimo ir pan². Įstatymo prasme ir nemokamos paslaugos ar produktai yra vertinami kaip atsiliginimas už reklamą (Bučiūtė, 2019). Praktikoje nuomonės formuotojas skleisdamas reklamą už nemokamas paslaugas ar produktus yra

² *Influencerių* įkainiai skaičiuojami už vieno turinio vieneto sukūrimą ir paskelbimą socialinių tinklų paskyroje. Priklausomai nuo turimų sekėjų skaičiaus *influencerių* įkainiai Lietuvoje svyruoja nuo kelių dešimčių iki kelių tūkstančių eurų (Vyšniauskienė, 2020)

vadinamas *barteriu*, tai yra reklamos gamintojas ir skleidėjas teikia paslaugą, kuri yra paremta natūriniais mainais.

Socialinių tinklų augimo tendencija neliko nepastebėta ir Valstybinės vartotojų teisių apsaugos tarnybos (toliau – VVTAT). 2019 m. pradžioje VVTAT direktoriaus įsakymu Nr. 1-39 2019 metams buvo pasirinkta paslėptos reklamos stebėsenos (monitoringo) sritis pagal sudarytą tikrinamų nuomonės formuotojų sąrašą socialiniuose tinkluose. VVTAT pasekusi kitų Europos valstybių pavyzdžiu – Austrijos, Jungtinės Karalystės – jau tų pačių metų pabaigoje parengė Reklamos žymėjimo socialinėje erdvėje gaires, kuriais turi vadovautis asmenys, keliantys reklamuojamą turinį į savo paskyras. VVTAT pradėjo priežiūros kontrolę socialiniuose tinkluose skleidžiamam reklamos turiniui, atsižvelgdama į socialiniuose tinkluose teikiamas paslaugas. Tačiau VVTAT nėra kompetentinga vertinti reklamos subjekto – vaiko, tai yra ar tėvai naudodami vaiko atvaizdą socialiniuose tinkluose nepiktnaudžiauja valdžia.

Tokia susiklosčiusi situacija verčia atkreipti dėmesį į įstatymo leidėjo veiksmus, kuriais siekiama vaiko teisių apsaugos internetinėje aplinkoje. VTAPĮ nėra tiesiogiai įtvirtintų nuostatų, susijusių su vaiko apsauga elektroninėje erdvėje, todėl vaiko apsauga internete gali būti nebent išvestinė iš įstatyme įtvirtintų principų. Reklamos įstatyme reklamos atžvilgiu iš esmės yra ginamos tik vaikų kaip vartotojų teisės ir tik 7 straipsnio 3 punktą kalba apie vaiko atvaizdo naudojimą reklamoje, kuriame tik nurodyta aplinkybė, kad vaikas negali būti vaizduojamas patekęs į situacijas, kurios kelia grėsmę jo sveikatai ir gyvybei. Apskritai įstatymuose įtvirtintos nuostatos, kurios dalinai yra susijusios su vaiko apsauga internetinėje erdvėje yra blanketinės ir nukreipia į Nepilnamečių apsaugos nuo neigiamos viešosios informacijos poveikio įstatymą. Šio įstatymo pakeitimai nebuvo daromi beveik dešimtmetį, o pakeitimo įstatymu Nr. XIV-181, kuris įsigaliojo nuo 2021 m. vasario 1 d., pakeitimai iš esmės buvo tik lingvistiniai bei inkorporuoti 2018/1808 Europos Sąjungos direktyva, kuri bus analizuojama tyrimo 3.2. dalyje. Nors Nepilnamečių apsaugos nuo neigiamo viešosios informacijos poveikio įstatymo 8 straipsnyje yra numatyta, kad yra taikomi apribojimai ir reklamai, kuri daro neigiamą poveikį nepilnamečio vaiko vystymuisi bei 3 straipsnio 3 punkte numatomas įgyvendinimo principas, tai yra taikoma atsakomybė viešosios informacijos rengėjui, skleidėjui, nepilnamečių tėvams, kurie nagrinėjamos temos atveju yra tapatūs subjektai už pareigos derinti nepilnamečių interesų apsaugą nevykdymą, tačiau išskyrus nurodytą principą, ši atsakomybė daugiau įstatyme nėra detalizuota. Nauja įstatymo redakcija įstatymų leidėjas vis dar neatsižvelgė į pasikeitusią padėtį visuomenėje, kad vaikas socialiniuose tinkluose vis dažniau yra ne tik pasyvus informacijos šruto stebėtojas, bet ir aktyvus informacijos kūrėjas.

Pagal šiuo metu galiojančią teisinį reglamentavimą VVTAT atlikdama reklamos priežiūros kontrolę yra įpareigota vertinti galimai vaiko teises į atvaizdą pažeidžiantį turinį, kurio iš esmės nėra kompetentinga vertinti ir nustčius pažeidimą apie tai pranešti

žurnalistų etikos inspektorui. Inspektorius yra valstybės pareigūnas, kuris prižiūri viešosios informacijos turinį, kad nebūtų įžeistą žmogaus garbė ir orumas ir vertina ar informuojant visuomenę laikomasi teisės aktuose nustatytų visuomenės informavimo principų (Lietuvos žmogaus teisių centras, 2021). Gavęs pranešimą apie vaiko teisės į atvaizdą pažeidimą reklamoje dalijimosi vaizdo medžiaga platformoje žurnalistų etikos inspektorius, turi jį nagrinėti, taip pat turi teisę pradėti administracinio nusižengimo teiseną pagal Administracinių nusižengimų kodekso (toliau – ANK) 74 straipsnį. Vadinas, inspektorius vaiko teisės į atvaizdą pažeidimo atveju, vertina ar tėvų valdžia buvo (ne)panaudota priešingai vaiko interesams, kas jau nėra priskiriama inspektorius kompetencijai.

Žurnalistų etikos inspektorius nenagrinėjo nė vieno tokio pobūdžio skundo, nors vaizdo dalijimosi platformose yra pilna įrašų, kuriuose pasitelkiant vaiko atvaizdą yra reklamuojami produktai ar paslaugos. Akivaizdu, kad kompetencija nagrinėti vaiko teisės į atvaizdą internete pažeidimus yra suteikta toms institucijoms, kurios nėra pajėgios užtikrinti vaikų teisių gynimo. Tad kokia institucija būtų pajėgi užtikrinti vaiko teisių apsaugą socialiniuose tinkluose?

Kai tėvai nesugeba užtikrinti savo vaikų teisių įgyvendinimo, jiems padeda Vaiko teisių apsaugos ir įvaikinimo tarnyba, kurios pagrindinis tikslas yra užtikrinti vaiko teises ir jas ginti. Tarnybos veiklą reglamentuoja VTAPI, kuris detalizuoja, kad Tarnyba visais atvejais turi veikti, kai yra gaunama informacija apie galimą vaiko teisių pažeidimą ir užtikrinti vaiko teisių įgyvendinimą. Dėl šios priežasties ji yra kompetentinga vertinti reklamos, kurioje naudojamas vaiko atvaizdas, turinį, nustatant ar tėvai neveikia priešingai vaiko interesams ir esant poreikiui imtis detalesnio tyrimo aplinkybėms išsiaiškinti bei vertinti. Todėl žurnalistų etikos inspektorius kompetencija šioje srityje turėtų būti perleista ir priskirta Tarnybai. O galbūt yra reikalinga įsteigti atskirą instituciją, kuri išimtinai veiktų vaiko teisės į atvaizdą naudojimo reklamai platformose srityje ir stebėtų bei vertintų pažeidimus? Deja, atsakymas į šį klausimą reikalauja didesnės apimties tyrimų.

Apibendrinant galima teigti, kad socialiniuose tinkluose teikiamos reklamos priežiūros kontrolė pradėta vykdyti neseniai. Remiantis tuo, kad vaikai yra itin pažeidžiami ir jautrūs neigiamai socialinės aplinkos įtakai, o jų atvaizdas naudojamas socialiniuose tinkluose vis dažniau, yra būtina, kad įstatymų leidėjas šioje srityje imtųsi veiksmų. Šiuo metu egzistuojantis reguliavimas nustato tik vaiko kaip vartotojo teises, bet ne vaiko kaip informacijos rengėjo teises. O kompetencija dėl vaiko teisės į atvaizdą pažeidimo socialiniuose tinkluose yra priskirta institucijoms, kurios nepajėgios užtikrinti vaiko teisių apsaugos.

2.2. Vaiko turto gausinimas ir turto atskirumo principo užtikrinimas

Vaiko turto gausinimo principas yra vienas svarbiausių aspektų kalbant apie nepilnamečio asmens atvaizdo naudojimą reklamai. Kadangi reklama kaip laisvos rinkos skatinimo įrankis savo prigimtimi yra atlygintinė, tad svarbu tampa užtikrinti, kad iš vaiko atvaizdo naudojimo socialiniuose tinkluose gautos pajamos būtų teisingai traktuojamos ir priskiriamos nepilnamečiui asmeniui.

Svarbu priminti, jog teisinis subjektiškumas įgyjamas gimstant. CK nustato, kad vaikas gali būti turtinių ir neturtinių santykių subjektas, numatant, kokias teises nepilnamečiai asmenys įgyja pagal įstatymą. Dėl šios priežasties svarbu atkreipti dėmesį, kad nors vaikai ir turi teises į jiems priklausančią turtą, tačiau nepilnamečiam asmeniui įstatymų nustatyta tvarka nėra suteikiamos teisės savarankiškai spręsti visus su turtu susijusius klausimus dėl vaiko veiksnio stokos (Stripeikienė, 2003, p. 12–17). Tad remiantis CK 3.157 ir 3.272 straipsniais, veiksmus susijusius su nepilnamečiui nuosavybės teise priklausančiu turtu atlieka jo atstovai pagal įstatymą, valdydami turtą CK 3.185 straipsnyje numatyta uzufrukto teise, tačiau turtinės vaikų ir tėvų teisės yra atskirtos – tėvai neturi teisių į vaiko turtą ir iš turto atsirandančias pajamas ir vaisius.

Tad iš to galima pagrįstai teigti, kad pajamos gaunamos iš vaikų atvaizdo naudojimo turi būti priskiriamos išskirtinai vaiko turtui. Tačiau svarbu pastebėti, tam kad gautos pajamos priskirtume nepilnamečio turtui, turi būti žinomas teisinis pajamų gavimo pagrindas. Kyla klausimas: ar galima vaiko filmavimas reklamai socialiniuose tinkluose prilyginti darbui? Juk nuomonės formuotojai, nepriklausomai nuo to ar jie yra *influenceriai*, ar *barteriai*, kurdami ir skleisdami reklamas pagal reklamos užsakovo poreikį, jie turi veikti pagal individualios veiklos pažymą, kas rodo, kad nuomonės formuotojai yra savarankiškai dirbantys asmenys. O vaikas, kurio laikas yra skiriamas produkto ar paslaugos reklamos filmavimui pagal analogiją taip pat turėtų būti laikomas savarankiškai dirbančiu asmeniu, nes būtent vaiko atvaizdo naudojimo pagrindu tėvai gavo atlyginimą už reklamą savo paskyroje. Tačiau taip nėra. Teisę atlikti lengvus darbus ir gauti darbo atlygį įstatymų nustatyta tvarka turi tik nepilnamečiai asmenys sulaukę mažiausiai keturiolikos metų amžiaus (Dėl Asmenų iki aštuoniolikos metų..., 2017). Teisinis reglamentavimas nenumato galimybės savarankiškai pajamas gauti nepilnamečiui asmeniui iki keturiolikos metų. Tai akivaizdžiai leidžia preziumuoti, jog tokiu atveju užsakovai siekiantys nepilnamečio vaiko atvaizdą panaudoti reklamos tikslais, susitarimus dėl atlyginimo turi sudaryti su tėvais. Būtent dėl šios priežasties kyla rizika, jog nebus užtikrintas turto atskirumo principas, t.y., iš vaiko atvaizdo naudojimo gautų pajamų apsauga arba dar kitu atveju, nesudarius jokio susitarimo gali būti pažeistas teisinių santykių stabilumas bei vaiko turto gausinimo principas.

Taigi, siejant vis intensyvesnį vaiko atvaizdo naudojimą socialiniuose tinkluose reklamai ir iš panaudoto atvaizdo gaunamą naudą, pinigus ar reklama suinteresuotų as-

menų dovanas (*barterius*), svarbu atkreipti dėmesį, jog pagrindiniai šios naudos gavėjai būna tėvai ar įstatyminiai globėjai. Tai žalinga praktika, kai iš vaikų atvaizdo naudojimo gautus pinigus, tėvai ar įstatyminiai globėjai gali piktnaudžiauti savo valdžia ir nedaryti privalomojo atskyrimo tarp savo gautų pajamų ir vaiko gaunamų pajamų.

2.3. Veikimas vaiko interesais v. piktnaudžiavimas tėvų valdžia

Vaiko interesų apsauga yra neatsiejamai svarbi, tiek kalbant apie vaiko turtinių teisių apsaugą, tiek apie vaiko socialinę apsaugą nuo neigiamos aplinkos. Esti trys baziniai principai, nustatyti Konvencijoje, kuriais remiantis turi būti užtikrintas vaiko interesų apsauga: bazinių poreikių patenkinimas aprūpinant vaiką, vaiko apsauga nuo nepriežiūros ir išnaudojimo bei vaiko dalyvavimas šeimoje ir bendruomenėje. Šie principai laikomi atspirties tašku, atsižvelgiant į vaiko teises internete (Van der Hof S. et al., 2014). Be minėtų principų svarbu nepamiršti Konvencijoje išskiriamų: nediskriminavimo, maksimalių išgyvenimo galimybių ir vystymosi bei pagarbos vaiko nuomonei principų. (Convention on the Rights of ..., 1989, p. 37). Atsižvelgiant į šiuos principus, įtvirtintus Konvencijoje, vaikų atvaizdo naudojimo reklamoje apsaugos vaikams atžvilgiu svarbiausi punktai tampa ne tik paminėti baziniai poreikiai, tačiau ir vystymosi bei pagarbos vaiko nuomonei principai. Kadangi vaiko nuomonė dėl atvaizdo naudojimo socialiniuose tinkluose, kai nepilnametis jau turi gebėjimą ją išreikšti yra esminis kriterijus lemiantis pasirinkimą, dėl atvaizdo pozicionavimo socialiniuose tinkluose.

Akivaizdu, jog priešingas nustatytiems principams tėvų ar įstatyminių globėjų elgesys siejamas su piktnaudžiavimo tėvų valdžia institutu. CK 3.165 straipsnis apibrėžia, jog tėvų asmeninių teisių ir pareigų turinį sudaro: (1) teisė ir pareiga auklėti savo vaikus, (2) privalomumas rūpintis savo vaikų sveikata, jų dvasiniu ir moraliniu ugdymu (3) sąlygų sudarymas savo vaikams mokytis iki įstatymuose nustatyto amžiaus. Susiejant šią teisės normą konkrečiai su vaiko atvaizdo būtinaja apsauga, svarbu, kad vaiko tėvai tiek gamindami vaiko atvaizdą, tiek jį viešindami nepažeistų esminių vaiko poreikių, nes priešingu atveju tėvai pradeda piktnaudžiauti savo valdžia ir neveikia geriausias vaiko interesais. Todėl yra privalu, kad tėvai atvaizdo atgaminimo ar viešinimo metu/būdu nepažeistų Konvencijos 32 straipsnio 1 dalies, t.y. vaiko teisę būti apsaugoti nuo ekonominio išnaudojimo, atsižvelgiant į tai, kad tėvai socialinėse medijose gali pervertinti savo galimybes ir taip pradėti piktnaudžiauti apmokamu vaiko atvaizdo naudojimu, pažeisti vaiko teisę į poilsį, trukdyti jam mokytis bei kenkti socialiniam vystymuisi.

Taigi, vienas svarbiausių veiksmų siekiant tinkamai įgyvendinti vaiko interesus naudojant vaiko atvaizdą reklamai – įstatyminių atstovų objektyvus atsižvelgimas į vaiko išreiškiamą nuomonę. Taip pat tėvai yra įstatyminiai atstovai, kurie privalo užtikrinti vaiko teisių įgyvendinimą, turi neišnaudoti vaiko ekonomine prasme, nes priešingu atveju, tai bus laikoma piktnaudžiavimu valdžia.

3. Vaiko teisės į atvaizdą užtikrinimo kontrolės elementai

3.1. Įstatyminių atstovų pareigos

Kalbant konkrečiai apie vaiko teisės į atvaizdą užtikrinimą, vieni svarbiausių subjektų yra vaiko tėvai ir/ar kiti vaiko įstatyminiai atstovai, kadangi pagal teisinį reglamentavimą jie privalo kontroliuoti nepilnamečio elgesį ir apsaugoti nuo veiklos žalingos vaiko vystymuisi. Tad šiuo atveju, labai svarbu ar įstatyminiai atstovai naudodami ar leisdami naudoti vaiko atvaizdą (nuotrauką, video įrašą) tinkamai įgyvendina savo pareigas vaikų auklėjime ir priežiūroje, kadangi priešingu atveju jiems gali kilti įstatyme numatyta atsakomybė.

Tiek Lietuvos Respublikos Konstitucijoje, tiek CK, tiek VTAPĮ ir Konvencijoje yra įtvirtintos principinės vaiko teisių apsaugos nuostatos dėl prioritetinės tėvų pareigos užtikrinti vaikų teises ir interesus. Bendroji nepilnamečių asmenų tėvų pareiga yra įtvirtinta CK 3.155 straipsnyje, kuriame nurodoma, kad vaikas iki pilnametystės turi būti prižiūrimas, taip pat jog įstatyminiai vaiko atstovai turi teisę ir pareigą dorai auklėti ir prižiūrėti savo vaikus, rūpintis jų sveikata, išlaikyti juos, atsižvelgdami į jų fizinę ir protinę būklę sudaryti palankias sąlygas visapusiškai ir harmoningai vystytis, kad vaikas būtų parengtas savarankiškam gyvenimui visuomenėje. Šios normos sąvoka apima ir tėvų pareigą rūpintis, kad vaiko atvaizdas būtų naudojamas tinkamai ir kad pasirinkus vienokį ar kitokį atvaizdo pagaminimo ir disponavimo būdai, nebūtų pažeidžiami normoje minimi teisėti vaiko interesai.

Abiejų teisės aktų pagrindai (tiek CK tiek VTAPĮ) kalbantys apie vaikų teises ir tėvų pareigas apibrėžia, jog nepilnamečiams asmenims svarbu suteikti ne tik jų fiziologiniam vystymuisi palankias sąlygas, tačiau ir socialiai atsakingą ugdymą, kuris užtikrintų tinkamą moralinį vaiko vystymąsi, bei galimybę vaikui tapti pilnaverčiu visuomenės nariu. Tačiau VTAPĮ atskirai dar išskiriama tėvų pareiga auklėjant nepilnametį asmenį, atsižvelgti į vaiko amžių ir brandą, taip pat suteikti bendruosius pagrindus apie vaikui kaip asmenybei priklausančias teises ir laisves. Dėl išvardintų priežasčių, tėvai, prieš talpindami tam tikro pobūdžio turinį internete, privalo atidžiai parinkti socialinius tinklus, kuriuose bus skelbiamas vaiko atvaizdas (nuotrauka ar vaizdo įrašas), talpinamos informacijos (atvaizdo, video įrašo turinį), įvertinti ar skelbiamas įrašas iš esmės neprieštarauja vaiko tinkamam doroviniam ugdymui. Taip pat, jei įmanoma, nustatyti socialinio tinklo naudotojų grupę, kuri galės matyti vaiko atvaizdą – identifikuoti siejant tai su vaiko atvaizdo tinkama apsauga. Konkretizuojant ir susiejant vaiko atvaizdo panaudojimą reklamos tikslais svarbu, kad vaiko atvaizdo gaminimui aukojamas laikas nesumažintų vaiko įsitraukimo į privalomąjį ugdymo procesą, neatimtų galimybės palaikyti socialinius ryšius su bendraamžiais, įsitraukti į popamokinę veiklą bei nepažeistų vaiko teises į poilsį.

Svarbu paminėti, jog teisinis reglamentavimas numato ne tik įstatyminių atstovų pareigas nepilnamečių atžvilgiu, tačiau ir galimą atsakomybę, nevykdant įstatyme numatytų imperatyvų arba neteisingai juos vykdant. Už savo pareigų nevykdymą, t.y. pažeidžiant geriausius vaiko interesus, pagal bendrą reglamentavimą tėvams gali būti taikomas laikinas ar neterminuotas tėvų valdžios apribojimas. Netinkamo atvaizdo naudojimo reklamai socialinių tinklų kontekste tokia priemonė galimai būtų per griežta ir pažeistų biologinės šeimos prioriteto principą. Nors tėvų valdžios ribojimo, kaip ir kitose su šeimos teisiniais santykiais susijusiose bylose vadovaujamasi prioritetinės vaiko teisių ir interesų apsaugos bei gynimo principu, kuris reiškia, kad, sprendžiant visus su vaikais susijusius klausimus, visų pirma turi būti atsižvelgiama į jų interesus (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2013 m. vasario 4 d. nutartis civilinėje byloje). Įstatymų leidėjas yra numatęs administracinę atsakomybę už tėvų veikimą priešingai vaiko interesams ANK 73 ir 74 straipsniuose, kuriuose numatyta maksimali bauda 100 eurų bei galimybė skirti administracinio poveikio priemonę – dalyvauti specializuotose programose (kursuose). Jeigu būtų nustatyta, kad nuomonės formuotojas pažeidė savo vaiko teisę į atvaizdą, greičiausiai būtų taikoma ši atsakomybės rūšis, nes šie pažeidimai daromai, dažnai nežinant galinčių kilti vaikui pasekmių.

Taigi įstatyminiams atstovams tenkančios pareigos iš esmės apima vaiko fiziologinių poreikių patenkinimą, dorovinį ugdymą ir rūpinimąsi vaiko tinkamu socialiniu užimtumu. Tiek gamindami, tiek naudodami vaiko atvaizdą reklamos tikslais, tėvai privalo užtikrinti, kad toks elgesys nebus žalingas vaikui, priešingu atveju vaiko įstatyminiams atstovams gali kilti įstatyme numatyta atsakomybė.

3.2. Pozityvi valstybės pareiga veikti

Vaikų apsauga nuo seksualinės prievartos išnaudojimo internete buvo vienas iš svarbiausių vaikų apsaugos tikslų internete (Livingstone, O'Neill, 2014, p. 3). Įgyvendinant minėtą apsaugą šiai dienai socialinių tinklų platformose yra nustatytas amžiaus limitas nuo kurio vartotojas gali naudotis platformos teikiamomis paslaugomis, o paskyroje talpinamas nuogo vaiko atvaizdas yra automatiškai šalinamas socialinių tinklų platformos paslaugų teikėjų. Atsižvelgiant į internetinėje erdvėje pasiektus teigiamus rezultatus dėl vaikų seksualinio išnaudojimo, kyla klausimas ar valstybės ėmėsi efektyvių veiksmų kitoms vaikų išnaudojimo formoms sumažinti internetinėje erdvėje?

Konvencijos 16 straipsnio 2 dalis skelbia, kad vaikas turi teisę nuo kišimosi į vaiko asmeninį gyvenimą ar kėsಿನimosi būti ginamas įstatymo (Bureikaitė, 2015, p. 21). Teigtina, kad užtikrinant saugią elektroninę erdvę, balansuojama tarp vaiko teisės į asmeninį gyvenimą bei teisės į saviraiškos laisvę internete (Konvencijos 13 straipsnis) (*Ibid*). Teisė į privatumą apima ir šeimyninio gyvenimo privatumą, kuriame dominuoja šeimos autonomijos principas. Pagal šį principą šeima yra laikoma autonominiu vienetu, kurio valdymas išskirtinai priklauso jį sudarančių individų kompetenci-

jai, todėl valstybės įsikišimas į šeimos gyvenimą gali būti tik ribotas arba subsidiarus, siekiant apsaugoti kitas vertybes (šiuo atveju – vaiko interesų apsaugą) (Sagatys, 2006, p. 218–220). Už vaiko teisių įgyvendinimą, pirmiausia atsakingi tėvai. Tačiau šeimos teisės gynimas reikalauja ne tik pasyvių veiksmų iš valstybės, bet iš jos reikalaujama atlikti tam tikrus aktyvius veiksmus (sukurti prielaidas ir sąlygas), numatyti konkrečius atvejus, kuomet bus galima įsikišti į privačią šeimos erdvę ar riboti vaiko saviraiškos laisvę. Nagrinėjant valstybės pozityvią pareigą veikti aktuali yra Europos žmogaus teisių konvencijos 8 straipsnio 2 dalis, kuri nustato atvejus, kada yra galima apriboti šeimos autonomijos principą, o Vaiko teisių konvencijos 2 straipsnio 2 dalis, 3 straipsnio 2 dalis ir 4 straipsnis nustato visapusiškus valstybės pozityvios pareigos įgyvendinimo įpareigojimus.

Siekiant išvengti Konvencijos nuostatų pažeidimų naudojant vaiko atvaizdą reklamai socialinėje erdvėje yra reikalingas pajėgus užtikrinti vaiko teises šioje srityje reglamentavimas. Iš esmės vaiko atvaizdo naudojimo priežiūros socialinėse platformose procese dalyvauja 3 subjektai.

Pirma, tai interneto prieigos paslaugų teikėjai, kurie saugo vaizdo įrašą ar nuotrauką, kol failas yra įkeliamas į socialinių tinklų sistemą. Interneto prieigos paslaugų teikėjas neturi bendros pareigos stebėti informacijos, kuri yra perduodama ir saugoma, jis turi būti neutralus. Įpareigotas atsakingų institucijų tarpininkas informaciją privalo pašalinti. Valstybė veikdama per šią instituciją neįgyvendins savo pozityvios pareigos, nes pašalinant saugomą vaizdo turinį, socialinių tinklų naudotojas galės pakartotinai kelti vaizdo įrašą, o tarpininkas turėtų kartoti procedūrą iš naujo, todėl toks veikimo mechanizmas būtų neefektyvus.

Antras subjektas yra socialinių platformų paslaugų teikėjai. Atsižvelgiant į techninę plėtrą, kuri sudarė sąlygas teikti naujų rūšių paslaugas internete, Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2018/1808 (Audiovizualinės žiniasklaidos paslaugų direktyva, 2018) atkreipė dėmesį ir į socialiniuose tinkluose teikiamas paslaugas. 2018 m. Platformos valdytojai buvo įpareigoti peržiūrėti platformos teikimo sąlygas bei įvertinti galimybę įdiegti papildomus funkcionalumus dėl reklaminio turinio deklaravimo, sukurti mechanizmus, kad platformos naudotojai galėtų notifikuoti netinkamą įstatymus pažeidžiantį (kurioje fiksuojama nusikalstama veika) turinį (Barauskienė, 2021). Nors direktyvos pagalba bus suvaldytas reklaminis turinys socialiniuose tinkluose, kas iš esmės palengvins VVTAT darbą, tačiau direktyvos atžvilgiu vaikai ir toliau saugomi kaip platformos vartotojai ir vis dar neatkreipiamas dėmesys į vaikus kaip reklamos kūrėjus. Siekiamybė turėtų būti valstybės valdžiai pasiekti konstruktyvų susitarimą su socialinių tinklų platformomis įdiegti papildomus mechanizmus, kuriais platformos vartotojai galėtų pranešti apie galimą ekonominį vaiko išnaudojimą ir tais atvejais, kai tai ne brūkštelėjimas, paslaugų teikėjai informuotų atitinkamą Lietuvos instituciją. Direktyvoje nustatytas minimalaus suderinimo požiūris neužkertą galimybės Lietuvai nustatyti aukštesnį apsaugos lygį turiniui, kuris susijęs su nepilnamečiais.

Trečia, žurnalistų etikos inspektorius, kurio vaidmuo vaiko atvaizdo naudojimo priežiūros socialinėse platformose procese jau buvo aptartas.

Taigi, remiantis tuo, kad vis daugiau vaiko atvaizdas yra naudojamas reklamos tikslais socialinėje erdvėje yra būtina užtikrinti, kad vaikas nepatirtų ekonominio išnaudojimo. Tai reikalauja, kad valstybė vykdytų savo pozityvią pareigą veikti, taip apribodama šeimos autonomijos principą, numatydamą tinkamas stebėsenos procedūras socialiniuose tinkluose bei reguliavimo mechanizmus, kuriuos prižiūrėtų kompetentinga valstybės institucija.

3.3. Prancūzijos Respublikos reguliavimo modelis

Audiovizualinės žiniasklaidos paslaugų direktyva kaip jau aptarta nustato tik minimalų suderinimo požįūrį, tačiau neužkerta galimybės valstybėms narėms nustatyti aukštesnį apsaugos lygį turiniui, kuris susijęs su nepilnamečiais. Šia galimybe pasinaudojo Prancūzija. 2021 m. balandžio mėnesį Prancūzijoje įsigalios įstatymas reglamentuojantis vaikų iki 16 m. amžiaus atvaizdo komercinį naudojimą internete. Įstatyme išskiriamos dvi vaikų grupės. Pirmoji – tai vaikai profesionalai, kurių veikla yra vaizdo įrašų kūrimas, kuriuose jie yra pagrindiniai subjektai ir įrašai yra transliuojami dalijimosi vaizdo medžiaga platformose.

Tai šiuo atveju būtų Gabriellos pavyzdys, kai tik jos atvaizdas dominuoja paskyroje, o pačią paskyrą administruoja tėvai. Nuo įstatymo įsigaliojimo reikės gauti išankstinį vyriausybės leidimą tokiai veiklai vykdyti (Boring, 2020). Antroji grupė – tai, kai vaikai nėra susiję su darbu, tačiau jo atvaizdas dažnai naudojamas kuriant vaizdo įrašus ir skelbiamo turinio trukmė ar vaizdo įrašų skaičius viršija Prancūzijos tarybos dekretu nustatytas ribas. (*l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de 16 ans*, 2020). Tai tie atvejai, kai *influenceriai* reklamuodami, pavyzdžiui, vaikiškas prekes demonstruoja prekę ant vaiko ir pan. Viršijus nustatytas ribas turi būti pateikiama deklaracija kompetentingai institucijai (*Ibid*). Taip pat įstatymu priimta svarbi nuostata, kad tik dalis pajamų atitenka tėvam, o visos kitos įplaukos yra įnešamos į specialiai sukurta kaupiamąją sąskaitą, kuria vaikas galės naudotis sulaukęs pilnametystės (*Ibid*). Atkreipiamas dėmesys ir į vaiko teisę būti išklausytam bei Bendrajame duomenų apsaugos reglamente įtvirtintą nuostatą būti pamirštam. Dalijimosi vaizdo medžiaga platformos privačioms pašalinti vaiko vaizdo įrašus jam tiesiogiai pareikalavus be atskiro tėvų sutikimo. Prancūzijos teisinė sistema panaikino egzistuojančią spragą, remdamasi vaikų modelių ir aktorių reglamentavimu, sureglamentavusi tiek *influencerių*, tiek *mikroinfluencerių* vaikų veiklą socialiniuose tinkluose. Šiuo reglamentavimu užtikrintos Konvencijos teisės, užkirstas kelias tėvams piktnaudžiauti savo valdžia vaikams ir juos ekonomiškai išnaudoti. Tiesa, už įstatymo pažeidimus numatoma ne tik piniginė bauda, bet ir laisvės atėmimas nuo 4 mėnesių net iki 5 metų. Bausmės parinkimo apimtyje šis įstatymas yra kritikuotinas, nes vaikų atskyrimas nuo tėvų, pastariesiems skiriant laisvės atėmimo

bausmę turėtų būti taikoma kaip *ultima ratio* priemonė. Žinoma, dar neaišku kaip šis Prancūzijos modelis įsitvirtins praktikoje, tačiau toks modelis suteikia teisinio apibrėžtumo itin reglamentavimo reikalaujančiai sričiai. Teisinis apibrėžtumas yra reikalingas ir Lietuvoje šiuo klausimu, todėl Lietuvos valstybė galėtų pasekti Prancūzijos modeliu ir perimti bent kelis modelio elementus.

Įstatymų leidžiamoji valdžia turi imtis veiksmų ir yra įpareigota, kad komerciniams tikslams naudojamas vaiko atvaizdas internetinėje erdvėje būtų sureglamentuotas, sekimas pavyzdys galėtų būti Prancūzijos pasirinktas modelis. Nesiėmus jokių veiksmų, išlieka teisinis neapibrėžtumas bei galimybė tėvams piktnaudžiauti valdžia savo vaikams, taip pat išlieka galimybė, kad neįgyvendinamos Konvencijos nuostatos, o viso to pasekmė – valstybė neįgyvendina savo pozityvios pareigos veikti Europos žmogaus teisių konvencijos 8 straipsnio kontekste.

Išvados

1. Vaikas yra specifinis teisinių santykių subjektas, todėl jo teises turi įgyvendinti tėvai, veikdami geriausiais vaiko interesais. Tačiau pastebima tendencija, jog socialiniuose tinkluose įstatyminiai globėjai vis dažniau naudoja vaiko atvaizdą reklamos tikslais. Todėl kyla vaiko teisės į atvaizdą kaip privataus gyvenimo dalies užtikrinimo problema, t.y. ar atvaizdo pozicionavimas negali sukelti žalingų vaikui pasekmių ateityje? Taip pat vaikas gali patirti ekonominį išnaudojimą, kai nėra garantuojamas turto atskirumo principas, jog nepilnametis gaus pinigų už reklamą socialiniuose tinkluose, kurioje buvo naudojamas jo atvaizdas. Nėra garantuojama, kad įgyvendinama vaiko teisė į poilsį, ko pasekmė gali būti ydingas socialinis, biologinis ir fiziologinis vystymasis. Galima pagrįstai teigti, jog nesama teisinio tikrumo, kad tėvai socialinėje erdvėje naudodami vaiko atvaizdą veikia išimtinai vaiko interesais, o nepiktnaudžiauja valdžia.
2. Lietuvoje reklamos priežiūros kontrolę socialiniuose tinkluose VVTAT įgyvendina nuo 2019 m. VVTAT vykdydama priežiūrą ir publikuojamame turinyje nustatius galimą vaiko atvaizdo pažeidimą yra įpareigota pranešti žurnalistų etikos inspektoriui. Tačiau, inspektorius nėra pajėgus užtikrinti vaiko teisių apsaugos, kad tėvai nepiktnaudžiautų valdžia ir neišnaudotų vaikų ekonomiškai, kadangi inspektorius nėra kompetentingas vertinti ar tėvai veikia geriausiais vaiko interesais. Be kompetencijos priskyrimo kitiems subjektams, taip pat yra reikalingos ir kitos teisinio reguliavimo priemonės, kurios gintų vaiką nuo netinkamo jo atvaizdo naudojimo reklamai, kurią įgyvendina tėvai – nuomonės formuotojai. Nors vaiko atvaizdo apsaugos elementai yra numatyti net keliuose teisės aktuose, tačiau nustatytas apsaugos mechanizmas nėra pritaikytas veikti socialinėje erdvėje. Tiesiogiai įtvirtintų nuostatų, susijusių su vaiko atvaizdo apsauga elektro-

ninėje erdvėje iš esmės nėra, o egzistuojančios gina nepilnametį kaip vartotoją, o ne kaip aktyvų informacijos kūrėją.

3. Minimaliai keičiant esamą teisinį reguliavimą kompetenciją galima būtų priskirti Vaiko teisių apsaugos ir įvaikinimo tarnybai – vertinti ir atlikti tyrimą, skiriant atvejo vadybą, ar socialiniuose tinkluose reklamoje naudojamas vaiko atvaizdas nepažeidžia jo geriausių interesų principo. Keičiant reguliavimą iš esmės galėtų būti pasekta Prancūzijos pasirinkto teisinio reguliavimo mechanizmu. Įpareigojant nuomonės formuotojus, kurie naudoja vaiko atvaizdą socialiniuose tinkluose komerciniais tikslais, sukurti kaupiamąsias sąskaitas, nustatyti laiko ar turinio kiekio ribas vaiko atvaizdo naudojimui.

Naudotų šaltinių sąrašas

1. Teisės norminiai aktai

1.1. Tarptautinės konvencijos, rekomendacijos ir kt.

1. Vaiko teisių konvencija (1989). *Valstybės žinios*, 1995, 60-1501.

1.2. Europos sąjungos reglamentai, direktyvos ir kt.

3. Europos Parlamento ir Tarybos 2018m. lapkričio 14 d. direktyva (ES) 2018/1808 Audiovizualinės žiniasklaidos paslaugų direktyva. *OL L 186, p. 10*.

1.3. Konstitucija, kodeksai, įstatymai

4. Lietuvos Respublikos Konstitucija (1992). *Valstybės žinios*, 33-1014.
5. Lietuvos Respublikos administracinių nusižengimų kodeksas (2015). *TAR, 11216*.
6. Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (2000). *Valstybės žinios*, 74-2262.
7. Lietuvos Respublikos nepilnamečių apsaugos nuo neigiamos viešosios informacijos poveikio įstatymas (2002). *Valstybės žinios* 91-3890.
8. Lietuvos Respublikos reklamos įstatymas (2000). *Valstybės žinios*, 64-1937.

1.4. Vyriausybės nutarimai

9. Nutarimas Dėl Asmenų iki aštuoniolikos metų įdarbinimo, darbo ir profesinio parengimo organizavimo tvarkos, vaikų įdarbinimo sąlygų aprašo patvirtinimo (2017). *TAR 11078*.

1.5. Ministrų įsakymai ir kiti poįstatyminiai aktai

10. Valstybinės vartotojų teisių apsaugos direktoriaus įsakymas Dėl valstybinės vartotojų apsaugos tarnybos patikrinimų taisyklių patvirtinimo (2020). Nr. 1-318.

2. Specialioji literatūra

2.1. Knygos

11. Sagatys, G. (2006). *Vaiko teisė į šeimos ryšius*. Vilnius: teisinės informacijos centras.
12. Žukauskienė, R. (1996). *Raidos psichologija*. Vilnius: Margi raštai.

13. Sakalauskas, G. (2013). Nepilnamečių baudžiamosios atsakomybės ypatumų prasmė. *Teise.org*, [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://teise.org/wp-content/uploads/2016/09/2013-3-sakalauskas.pdf> [žiūrėta 2021 m. vasario 10d.].
14. Stripeikienė, J. (2003). Vaiko, kaip savarankiško teisės subjekto, problema. *Jurisprudencija*, 42(34), p. 12-17 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www3.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/3406/3201> [žiūrėta 2021 m. vasario 20 d.].
15. Van der Hof, S, Van der Berg, B. and Schemer B (2014). *Minding minors wandering the web: regulating online child safety*. Hague: Asser Press.
16. Livingstone, S. and O'Neill, B (2014). Children's right online: challenges, dilemmas and emerging directions. In book: Van der Hof S., Van den Berg B., Schermer B. (2014). *Minding minors wandering the web: regulating online child safety*. Hague: Asser press p. 19-38. DOI: 10.1007/978-94-6265-005-03_2.

2.1.1 Disertacija, jos santrauka, baigiamasis darbas:

17. Bureikaitė, V. (2015). *Vaikų teisių apsaugos elektroninėje erdvėje teisinis reguliavimas*. Magistro baigiamasis darbas, Mykolo Romerio universitetas.

3. Elektroniniai lediniai

3.1. Internetinis tinklalapis

18. Mano teisės. Žurnalistų etikos inspektorius [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://manoteises.lt/institucija/zurnalistu-etikos-inspektoriaus-tarnyba/> [žiūrėta 2021 m. vasario 24 d.].
19. OI n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042439054> [žiūrėta 2021 m. vasario 16 d.].
20. Unicef.org. *Implementation handbook for the convention on the rights of the child* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://www.unicef.org/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child.pdf [žiūrėta 2021 m. vasario 16 d.].

3.2. Blogas:

21. Abdin, C (2017). Micro-microcelebrity: famous babies and business on the internet. Parenting for digital future.
22. January. Prieiga per internetą: http://eprints.lse.ac.uk/76135/1/Parenting%20for%20a%20Digital%20Future%20-%20Micromicrocelebrity_%20famous%20babies%20and%20business%20on%20the%20internet.pdf [žiūrėta 2021 m. vasario 20 d.].
22. Barauskienė, I (2021). Teisininko komentaras. Įsigalioja naujas reguliavimas dalijimosi vaizdo turiniu platformoms. Delfi, sausio 30. Prieiga per internetą: https://m.delfi.lt/teise/article.php?id=86364487&fbclid=IwAR2ZhLKxVO2D7J7gg8ZAqQ5Zwb13_x5IyueRvy-Jzs6CoYfYPRC26NN6Tc [žiūrėta 2021 m. vasario 26 d.].

23. Boring, N (2020). France: Parliament adopts law to protect child “influencers” on social media. Library of congress law. Prieiga per internetą: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/france-parliament-adopts-law-to-protect-child-influencers-on-social-media/?fbclid=IwAR2jHjQZhx1wUdLiZMs40aq3SPqcw1bZAiYwv98Vjl2-G67owpRMO92G8U> [žiūrėta 2021 m. vasario 20 d.].
24. Bučiūtė, R (2019). Kada influencerio nuomonė tampa reklama ir kaip ją žymėti? Verslo žinios. Prieiga per internetą: <https://www.vz.lt/rinkodara/2019/05/06/kada-influencerio-nuomone-tampa-reklama-ir-kaip-ja-zymeti> [žiūrėta 2021 m. vasario 10 d.].
25. Vyšniauskienė, I. *Influencerių įkainiai*. Prieiga per internetą: <https://influenceriai.lt/influenceriu-ikainiai-uz-kaprekiu-zenklai-moka-nuomones-formuotojui/> [žiūrėta 2021 m. vasario 20 d.].

4. Teismų praktika

26. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011 m. gegužės 31 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-262/2011.
27. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2013 m. vasario 4 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-7-114/2013.

VAIKO ATVAIZDO NAUDOJIMAS REKLAMAI SOCIALINIUOSE TINKLUOSE

Santrauka

Tyrimu yra siekiama įrodyti reglamentavimo reikalingumą dalijimosi vaizdo medžiaga platformose, kai yra piktnaudžiaujama vaiko atvaizdo naudojimu reklamos tikslais. Vaiko teisė į atvaizdą yra jo privataus gyvenimo dalis, o netinkama apsauga gali sukelti neigiamų padarinių ateityje. Šiuo metu galiojančiu reglamentavimu iš esmės yra ginamos vaiko kaip vartotojo teisės, o ne kaip rengėjo. Be to, nustatytas kontrolės mechanizmas, kad žurnalistų etikos inspektorius nagrinėja socialiniuose tinkluose naudojimo reklamai vaiko atvaizdo pažeidimus yra kritikuotinas, nes nagrinėti tokio pobūdžio skundų jis neturi kompetencijos, dėl žinių trūkumo apie vaiką kaip specifinį teisinių santykių subjektą. Ši kompetencija turėtų būti priskirta Vaiko teisių apsaugos ir įvairinimo tarnybai. Įstatymai turėtų būti iš esmės modifikuojami, siekiant, kad vaiko teisių apsauga elektroninėje erdvėje būtų tinkamai įgyvendinama.

Pagrindiniai žodžiai: geriausi vaiko interesai, socialiniai tinklai, teisė į privatų gyvenimą, tėvų valdžia, nuomonės formuotojai.

USE OF A CHILD'S IMAGE FOR ADVERTISING ON SOCIAL NETWORKS

Summary

The purpose of this study is to demonstrate the need on video-sharing platforms to regulate where the use of a child's image for advertising purposes is abused. A child's right to an image is part of his or her private life and inadequate protection can have negative consequences in the future. The current regulations in principle protect the rights of a child as a consumer and not as a producer. In addition, the established control mechanism that the Inspector of Journalistic Ethics investigates violations of the image of a child used on social media for advertising is criticized, as he has no competence to investigate such complaints due to lack of knowledge about the child as a specific legal entity. This competence should be assigned to the Child Rights and Adoption Service. Laws should be substantially amended to ensure that the protection of children's rights in cyberspace is properly implemented.

Main words: best interests of the child, social networks, right to privacy, parental authority, influencers.

CIVILINĖ IR BAUDŽIAMOJI ATSAKOMYBĖ UŽ SAVIVALDŽIŲ AUTOMOBILIŲ SUKELTĄ ŽALĄ

Deimantė Rimkutė, Kristijonas Povylius

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto 4 kurso studentai

Saulėtekio al. 9, I rūmai, 10222 Vilnius

El. paštas: deimante.rimkute@tf.stud.vu.lt; kristijonas.povylius@tf.stud.vu.lt

Mokslinio straipsnio akademinis kuratorius prof. dr. (HP) Vytautas Mizaras

El. paštas: vytautas.mizaras@tf.vu.lt

Mokslinio straipsnio praktinis kuratorius Lietuvos Aukščiausiojo Teismo teisėjas prof. dr. Aurelijus Gutauskas

El. paštas aurelijus.gutauskas@tf.vu.lt

***Santrauka.** Straipsnyje siekiama išanalizuoti ir įverti, ar egzistuojantis teisinis reguliavimas Lietuvoje yra pakankamas taikant civilinę ir baudžiamąją atsakomybę už visiškos automatizacijos savivaldžiais automobiliais sukeltą žalą. Ši hipotezė yra patvirtinama analizuojant savivaldžio automobilio techninę specifiką, civilinės ir baudžiamosios atsakomybės teisinį reguliavimą Lietuvoje bei pagrindines šių atsakomybės rūšių teorijas. **Pagrindiniai žodžiai:** savivaldis automobilis, dirbtinis intelektas, baudžiamoji atsakomybė, civilinė atsakomybė.*

***Summary.** The article aims to analyse and assess whether the existing legal regulation in Lithuania is sufficient for application of civil and criminal liability for damage caused by fully self-driving cars. This hypothesis is confirmed by analysing the technical specifics of fully self-driving cars, the legal regulation of civil and criminal liability in Lithuania and the main theories of these types of liability.*

***Keywords:** self-driving car, artificial intelligence, criminal liability, civil liability.*

Įvadas

Pakeliui į darbą rytę, išsikvietus Waymo taksi automobilį, mus pasitinka tuščia varuotojo sėdynė ir savivaldžio automobilio programinės įrangos balsas, linkintis geros kelionės. Nors šis vaizdas iš pirmo žvilgsnio gali pasirodyti utopinis, tačiau kai kur tai jau yra realybė¹. Vis dėlto, kas būtų atsakingas, jei toks savivaldis automobilis sukeltų eismo įvykį Lietuvoje, kurio metu žūtų žmogus ir/ar būtų padaryta turtinė žala?

¹ Pvz., JAV Arizonos valstijoje (Waymo is first to..., 2017).

Šis – atsakomybės – klausimas **aktualus savivaldžių automobilių gamintojams, platintojams ir naudotojams**. Net ir be Google dukterinės bendrovės Waymo, būtų sunku rasti technologijų, automobilių gamintojų, transportavimo paslaugų *gigantų*, kurie nedalyvautų savivaldžių automobilių lenktynėse. Jose laimėtojų laukia ne tik ekonominė nauda, tačiau ir teisinės pasekmės, sukūrus trūkumų turintį produktą.

Technologijų transformacija taip pat **aktuali politikos formuotojams**. Apie didelį susirūpinimą baudžiamosios atsakomybės srityje byloja prie Europos Tarybos Nusi Kaltimų problemų komiteto suburta Dirbtinio intelekto ir baudžiamosios teisės darbo grupė, specifiškai nagrinėjanti savivaldžių automobilių atvejį (European Committee on Crime Problems..., 2018). Civilinės atsakomybės klausimus nagrinėja Europos Sąjunga. Pirmą kartą dirbtinio intelekto bendro reguliavimo Europos Sąjungoje buvo iškelta dar 2017 m. vasario 16 d. Europos Parlamento rezoliucijoje dėl robotikai taikomų civilinės teisės nuostatų (Europos Parlamento rezoliucija su..., 2017), po kurios sekė eilė politikos dokumentų. Europos Sąjunga ir Europos Taryba greitu metu planuoja pristatyti reguliavimo pasiūlymus.

Apie **mokslinį aktualumą** byloja plačios užsienio teisės mokslininkų diskusijos. Jas skatina dirbtinio intelekto technologijos komponento – mašininio mokymosi (angl. *machine learning*) – vystymasis, kurio pagrindu veikia ir savivaldis automobilis. Savivaldžio automobilio valdymo sprendimus (kada lenkti, stabdyti, sukti ir pan.), galinčius sukelti neigiamus padarinius, priima nebe žmogus, o programinė įranga. Ši aplinkybė verčia permąstyti kai kuriuos tradicinius materialinės baudžiamosios ir privatinės teisės institutus. Baudžiamosios teisės literatūroje daugiausiai dėmesio skiriama nusikaltamos veikos subjekto, neatsargios kaltės (tiksliau – nusikaltamo nerūpestingumo), priežastinio ryšio, bausmės institutų pritaikomumui. Tuo tarpu privatinės teisės kontekste nesutariama, kas turėtų būti civilinės atsakomybės subjektas (Patti, 2013, p. 213) (gamintojas (Patti, 2013, p. 213) ir (ar) valdytojas (Bertolini, 2020, p. 110)). Taip pat kyla didesnio pavojaus šaltinio valdytojo sąvokos išaiškinimo problema. Taikant gamintojo atsakomybę, susiduriama su neteisėtų veiksmų (defekto), atsakomybę šalinančių aplinkybių, priežastinio ryšio, programinės įrangos kaip defekto nustatymo problemomis (Bertolini, 2020, p. 57–58). Paprastai aptariamas ir civilinės atsakomybės draudimo klausimas.

Šiais klausimais yra pasisakę nemažai užsienio teisės mokslininkų, tačiau Lietuvos teisės kontekste šios problemos **ištyrimo laipsnis** – gerokai mažesnis. Lietuvoje įžvalgas tam tikrais civilinės ir baudžiamosios atsakomybės aspektais yra pateikęs tik Vilius Mitkevičius (Mitkevičius, 2016). Tad iš esmės šiame darbe aptariamos mokslinės problemos Lietuvoje neanalizuotos.

Darbo **originalumas**, pirmiausiai, pasireiškia tuo, kad moksliniame darbe tiriami klausimai nebuvo nagrinėti Lietuvos teisės kontekste. Be to, darbas aktualus ir tarptautiniame lygmenyje, kadangi jame pateikiamas ne taip dažnai sutinkamas kritiškas po-

žiūris į papildomą reguliavimą kaip savivaldžių automobilių kelių teisinių problemų sprendimo būdą.

Darbo **tikslas** – išanalizuoti ir įvertinti, ar egzistuojantis teisinis reguliavimas yra pakankamas taikant civilinę atsakomybę ir baudžiamąją atsakomybę už visiškos automatizacijos savivaldžio automobilio sukeltą žalą.

Autoriai kelia tokius **uždavinius**:

1. Apibūdinti savivaldžio automobilio sąvoką bei apžvelgti jų teises galimybes dalyvauti viešajame eisme.
2. Išanalizuoti darbo objektu esantį baudžiamosios ir civilinės atsakomybės teisinį reguliavimą bei jo teorinį pagrindą.
3. Įvertinti šio reguliavimo bei jo teorinio pagrindo pritaikomumą savivaldžio automobilio sukeltos žalos atvejui.

Darbo **objektas**. Straipsnyje nagrinėjami tokie pagrindiniai klausimai: savivaldžio automobilio samprata, problemiškesnė baudžiamosios atsakomybės (nusikalstamo nęrupęstingumo, priežastinio ryšio) bei civilinės atsakomybės (griežtosios civilinės atsakomybės už didesnį pavojaus šaltinio sukeltą žalą ir gamintojo civilinės atsakomybės už netinkamos kokybės produktus) taikymo galimybės. Taigi, straipsnyje tiriami patys konceptualesni klausimai, tačiau atsiribojama nuo detalesnių jau konkrečių teisinės atsakomybės sąlygų nagrinėjimų. Todėl baudžiamosios atsakomybės kontekste nebus nagrinėjama nusikalstamos veikos subjekto ir bausmės problema². Taip pat autoriai neanalizuos civilinės atsakomybės draudimo, priežastinio ryšio ir programinės įrangos prilyginimo produktui klausimų.

Moksliniame tyrime naudojami kai kurie tyrimo **metodai**. Dogmatinio (lingvistikinio) metodo pagalba aiškinamos teisės normos ir, šalinant jų prieštaravimus, pritaikomos naujiems socialiniams reiškiniams (savivaldžiams automobiliams). Istoriniulyginamuoju metodu atskleidžiama griežtosios atsakomybės doktrinos evoliucija bei tendencijos, padedančios suprasti esamo reguliavimo pritaikymą už savivaldžių automobilių sukeltą žalą. Pasitelkiant teleologinį metodą, aiškinami aktualių teisės normų tikslai. Tarpdisciplininio metodo pagalba kai kurie techniniai savivaldžio automobilio veikimo aspektai įvertinami teisės normų kontekste.

Svarbiausiais šaltiniais atliekant tyrimą buvo baudžiamąją ir civilinę atsakomybę reguliuojantys Lietuvos ir Europos Sąjungos teisės aktai, Europos Sąjungos politikos dokumentai, Europos Tarybos Dirbtinio intelekto ir baudžiamosios teisės darbo grupės darbiniai dokumentai, Armano Abramavičiaus ir Valentino Mikelėno knyga „Autotransporto priemonių valdytojų teisinė atsakomybė“, Valentino Mikelėno knyga „Civilinės atsakomybės problemos: lyginamieji aspektai“, Vilniaus universiteto vadovėlis „Lietuvos baudžiamoji teisė“, Johannes Wessels knyga „Baudžiamoji teisė“, Vy-

² Pvz., ET Dirbtinio intelekto ir baudžiamosios teisės darbo grupė po pirminių tyrimų subjekto problemą iš darbotvarkės išbraukė.

tauto Piesliako straipsnis „Priežastinis ryšys tarp pavojingos veikos ir baudžiamajame įstatyme numatytų padarinių ir jo nustatymas teismų praktikoje“, Sabine Gless, Emily Silverman, Thomas Weigend straipsnis „If Robots Cause Harm, Who Is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability“.

1. Savivaldis automobilis

1.1 Savivaldžio automobilio sąvoka

Šiuo metu savivaldžio automobilio sąvoka vartojama dviprasmiškai, jai priskiriant tiek automobilius, galinčius nuo taško A iki taško B nuvykti be jokio žmogaus įsikišimo, tiek automobilius su pažangiomis *vairavimo asistento* technologijomis. Tad siekiant straipsnyje išvengti vartojamų sąvokų dviprasmiškumo, šioje dalyje bus išgryninta savi-valdžio automobilio sąvoka, kurios šiam darbe bus laikomasi.

Egzistuoja įvairūs automobilio vairavimo automatizavimo lygiai. Šiuo metu daugiausiai naudojamas šių lygių skirstymas buvo pateiktas JAV automobilių inžinerijos organizacijos SAE International (Taxonomy and Definitions for..., 2018). Organizacija išskyrė 6 lygių automatizuoto vairavimo sistemas, kaip atskyrimo kriterijų pasirinkdama vairuotojo įsitraukimo į vairavimą lygį (žr. 1 lentelė).

1 lentelė. 6 lygių automatizuoto vairavimo pagal vairuotojo įsitraukimo lygį sistemų aprašymas

Lygis	Pavadinimas	Trumpas aprašymas
0	Neautomatizuotos sistemos	Automobilį absoliučiai vairuoja žmogus. Galimos tik tam tikros pagalbinės sistemos.
1	Pagalbinė automatizacija	Automobilyje įrengtos tam tikros pagalbinės vairavimo sistemos, kurios gali atlikti tam tikras vairavimo funkcijas, pvz. adaptyvi greičio palaikymo sistema (angl. <i>adaptive cruise control</i>), eismo juostos pagalbinė sistema (angl. <i>lane keeping assistance</i>). Vairuotojas visuomet privalo kontroliuoti automobilį.
2	Dalinė automatizacija	Automobilis pats gali stabdyti, greitinti, vairuoti, tačiau vairuotojas visuomet turi būti sutelkęs savo dėmesį į vairavimą ir, esant poreikiui, bet kada perimti automobilio valdymą.
3	Sąlyginė automatizacija	Automobilis esant palankioms sąlygomis gali visiškai perimti vairavimą. Vairuotojas gali nukreipti dėmesį nuo vairavimo, tačiau, sulaukęs perspėjimo iš automobilio, turi būti pasirengęs per tam tikrą laiko tarpą (nuo kelių iki kelių sekundžių) perimti valdymą.

Lygis	Pavadinimas	Trumpas aprašymas
4	Didelė automa- tizacija	Automobilis nuo taško A iki taško B gali nukeliauti be jokio žmogaus įsikišimo, tačiau gali veikti tik tam tikrose iš anksto apibrėžtose ribotose teritorijose (angl. <i>geofenced area</i>).
5	Visiška automa- tizacija	Automobilis viešajame eisme gali dalyvauti bet kokiuose keliuose ir bet kokiomis sąlygomis. <i>Žmogaus įsikišimas nereikalingas.</i>

Šaltinis: Sudaryta remiantis SAE International (Taxonomy and Definitions for..., 2018).

Nesileidžiant į universalios savivaldžio automobilio sąvokos paieškas, šiame darbe sąvoka **savivaldis automobilis reikš 4–5 lygio automatizacijos automobilius**. Esminis pasirinktas kriterijus – automobilio galimybė be jokio žmogaus įsikišimo į vairavimo procesą nuvykti iš taško A į tašką B.

1.2 Skirtingų automatizacijos lygių automobilių galimybės dalyvauti viešajame eisme

Prieš pradedant nagrinėti baudžiamosios ir civilinės atsakomybės taikymą už savivaldžių automobilių sukeltą eismo įvykį, verta apžvelgti, kokios dabar šių automobilių teisinės galimybės dalyvauti viešajame eisme.

Šiuo metu Lietuvos nacionalinių teisės aktų formuluotės (Lietuvos Respublikos („LR“) saugaus eismo..., 2000)³ (Savivaldžių automobilių bandymų ir..., 2018) nedraudžia net ir didelės ar visiškos automatizacijos (4–5 lygio) savivaldžiams automobiliams dalyvauti viešajame eisme bandymo sąlygomis (Ginkutė, L., Siavris, M., 2017). Tačiau ribojimai 4–5 lygmens savivaldžiams automobiliams dalyvauti viešajame eisme kyla iš Lietuvoje privalomų tarptautinių teisės aktų. Lietuvoje ratifikuotos tarptautinės Kelių eismo konvencijos (1968 m., su pakeitimais) (Kelių eismo konvencija, 1968) 8 straipsnis numato, kad kiekviena judanti transporto priemonė ar transporto priemonių junginys turi būti su vairuotoju. 2014 m. buvo atlikti šios konvencijos pakeitimai, dėl kurių automatizuotų sistemų naudojimas viešuose keliuose tapo realus, nes teisinės pareigos vairuotojui tiesiogiai daryti įtaką transporto priemonės judėjimui (vairuoti) neliko (Ginkutė, L., Siavris, M., 2017⁴). Vertindamas šias nuostatas, V. Mitkevičius daro išvadą, kad šie pakeitimai įteisina 1–3 lygmens savivaldžius automobilius, tačiau 4 ir 5 lygmens – dar ne (Mitkevičius, 2016, p. 129). Tuo tarpu darbo autoriai mano, kad faktiškai 4–5 lygio savivaldžiai automobiliai viešajame Lietuvos eisme bandymo sąlygomis

³ Lietuvos Respublikos saugaus eismo automobilių keliais įstatymo 2 str. 63 d. ir 83 d., 20 str. 4 d., 25 str. 10 d. ir 11 d.

⁴ Priedas Nr. 1, p. 8.

dalyvauti gali, tačiau bet koku atveju jų viduje turi būti už vairavimo funkciją atsakingas asmuo, galintis bet kada perimti savivaldžio automobilio valdymą.

Tiesa, kol kas savivaldžiai automobiliai (nepriklausomai nuo jų lygmens) Lietuvos viešajame eisme gali dalyvauti tik *bandymų* sąlygomis. Tai reiškia, kad, pvz., prieš bandymus, jų maršrutas iš anksto raštu turi būti suderintas su kelio savininku, o informacija apie būsimą maršrutą iš anksto turi būti pateikta apskrities vyriausiajam policijos komisariatui⁵.

Tačiau yra valstybių, kurios tokių griežtų taisyklių neturi. Visiškai savivaldžiai automobiliai jau gali dalyvauti kai kurių JAV valstijų viešajame eisme (Governor Douglas A. Ducey..., 2018) ir dalyvauja (Waymo finally launches an..., 2020).

Taigi, šiuo metu pasaulyje, priklausomai nuo valstybės, teisinės savivaldžio automobilio dalyvavimo viešajame eisme galimybės yra skirtingos. Lietuvoje viešajame eisme gali dalyvauti bet kokie lygmens automatizacijos automobiliai, tačiau jų viduje visuo-met privalo būti už vairavimą atsakingas asmuo (bet nebūtinai vairuoti). Tuo tarpu kitose pasaulio valstybėse (pvz., JAV) viešajame eisme jau gali dalyvauti automobiliai, kurių viduje vairuotojo nėra.

2. Baudžiamoji atsakomybė

Baudžiamosios atsakomybės taikymo klausimas už savivaldžio automobilio (toliau tekste bus naudojamas trumpinys „SA“) sukeltą mirtiną avariją jau nebėra tik ateities klausimas. 2018 m. pavasarį įvyko pirmasis eismo įvykis, kuriame dalyvavo dalinės automatizacijos SA ir kurio metu žuvo žmogus (Uber self driving car kills..., 2018). Nors už šį incidentą bus teisiama automobilio viduje incidento metu buvus operatorius (turėjęs prižiūrėti vairavimo procesą) (Uber's self-driving operator..., 2020), tačiau prireikė beveik vienerių metų tyrimo, kol buvo paskelbta, kad baudžiamojon atsakomybėn nebus traukiamas šio SA bandymus vykdęs juridinis asmuo – įmonė *Uber* (Uber escapes criminal charges..., 2019). Galima manyti, kad tyrėjams ir kaltintojams nebuvo lengva nustatyti, kieno veiksmai sukėlė mirtiną eismo įvykį, nepaisant to, kad avarijos metu automobilio viduje buvo už vairavimą atsakingas asmuo. Neabejotina, kad dar didesnė baudžiamosios atsakomybės taikymo problema kils, kuomet tokie eismo įvykiai bus sukelti visiškai savivaldžio automobilio.

Šiandien moksle didžiausias problemas kelia priežastinio ryšio ir neatsargios kaltės⁶ nustatymo klausimai. Pasak prie Europos Tarybos („ET“) veikiančios Dirbtinio intelekto ir baudžiamosios teisės darbo grupės, tai gali sukelti atsakomybės vakuumo

⁵ Lietuvos Respublikos susisiekimo ministro 2018 sausio 10 d. įsakymo Nr. 3–11 „Dėl savivaldžių automobilių bandymų ir dalyvavimo viešajame eisme sąlygų ir tvarkos aprašo patvirtinimo“ 8 str.

⁶ Pvz., prie ET suburta Dirbtinio intelekto ir baudžiamosios teisės darbo grupė neatsargios kaltės (konkrečiau - nusikalstamo nerūpestingumo) klausimą savo darbotvarkėje išskiria kaip svarbiausią (European Committee on Crime Problems, 2020, p. 12–13).

(angl. *responsibility gap*) problemą (European Committee on Crime Problems, 2020, p. 5) – socialiai nepriimtina situaciją, kuomet iš pažiūros nusikalstami padariniai niekam neužtraukia baudžiamosios atsakomybės.

Šioje darbo dalyje bus detalizuotos ir išanalizuotos teisiškai reikšmingo priežastinio ryšio bei nusikalstamo nerūpestingumo nustatymo problemos SA sukkelto eismo įvykio ir Lietuvos teisinio reguliavimo kontekste. Taip pat bus pateikta pozicija, kad dabartinis šių institutų reguliavimas yra vis dėlto pakankamas ir neturėtų sukelti atsakomybės vakuumo problemas.

2.1 Priežastinis ryšys

Priežastinis ryšys yra būtinas materialiosios nusikalstamos veikos požymis. Jis apibūdina tarp reiškinų susiklosčiusį santykį, dėl kurio nusikalstama veika sukelia ir nulemia nusikalstamus padarinius (Abramavičius et al., 2019, p. 213). Asmenį baudžiamojon atsakomybėn galima patraukti, jeigu nusikalstami padariniai buvo būtent jo, o ne kieno nors kito veikimo (neveikimo) priežastis. Tačiau vien ši sąlyga nėra pakankama konstatuoti teisiškai reikšmingą priežastinį ryšį. Priežastinis ryšys yra reikšmingas teisiškai tik tada, kai asmuo galėjo numatyti savo veikimo (neveikimo) padarinių atsiradimo galimybę. Todėl padarinių numatymas – kelia daugiausiai mokslinių diskusijų, kadangi tam tikrais atvejais neįmanoma numatyti SA programinės įrangos priimanų sprendimų.

Šio skyriaus tikslas – pagrįsti, kad Lietuvos teismų praktikoje baudžiamosiose bylose vyraujanti priežastinio ryšio nustatymo teorija (adekvataus priežastingumo teorija) bus pakankama tinkamam priežastinio ryšio nustatymui, kuomet sunkių padarinių atsiradimo dėl SA sukkelto eismo įvykio. Pirmiausia skyriuje bus pristatytos Lietuvos teismų praktikoje baudžiamosiose bylose vyraujančios priežastinio ryšio nustatymo taisyklės bei šiame kontekste aktuali SA technologinė specifiška. Tuomet, atsižvelgiant į šią specifiką, bus pristatytas teorinis priežastinio ryšio nustatymo modelis. Galiausiai bus pateikiama išvada, kodėl toks teorinis modelis, tikėtina, bus tinkamas ir padės įgyvendinti baudžiamosios atsakomybės tikslus.

2.1.1 Priežastinio ryšio nustatymas Lietuvos baudžiamųjų bylų teismų praktikoje

Siekiant visapusiškai atskleisti skyriuje nagrinėjamą problemą, būtina susipažinti su Lietuvos teismų praktikoje baudžiamosiose bylose vyraujančiomis priežastinio ryšio nustatymo taisyklėmis.

Lietuvoje baudžiamasis įstatymas neįtvirtina priežastinio ryšio nustatymo taisyklių. Tačiau jos yra išvystytos baudžiamųjų bylų baudžiamųjų bylų teismų praktikoje. Pagal jose nusistovėjusias taisyklės, priežastinio ryšio nustatymas apima du etapus: 1) būtino-

sios padarinių kilimo sąlygos nustatymą (lot. *conditio sine que non*), ir 2) priežastinio ryšio pobūdžio nustatymą (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017 m. sausio 5 d. nutartis baudžiamojoje byloje).

Siekiant nustatyti būtinąją padarinių kilimo sąlygą, reikia įvertinti, ar įstatyme aprašyta ir asmens padaryta veika buvo būtina BK numatytų padarinių kilimo sąlyga. Todėl vertinamas faktinis priežastinis ryšys: ar padariniai kiltų, jei veika padaryta nebūtų. Šio ryšio nustatymas – techninis objektyvios tikrovės pažinimas. Neretai bylose objektyvųjį priežastinį ryšį padeda nustatyti teismo ekspertai ar specialistai. Būtiniosios padarinių kilimo sąlygos taisyklės patikrinimas paprastai dar galutinai neišsprendžia priežastinio ryšio klausimo sprendimo konkrečioje byloje, o tik priartina prie išvados dėl priežastinio ryšio buvimo (Piesliakas, 2006, p. 8).

Antrojo etapo metu nustatomas priežastinio ryšio pobūdis (t. y. ar jis reikšmingas teisiškai). Priežastinio ryšio pobūdis gali būti būtinasis (dėsningas) arba atsitiktinis. *Būtinasis* priežastinis ryšys nustatomas, kai tam tikra veika dėsningai sukelia tam tikrų nusikalstamų padarinių. Toks ryšys objektyviai gali būti numatomas iš anksto, kadangi gyvenimo patirtis ir žinios žmogui leidžia numatyti, kokių padarinių gali sukelti tam tikra jo veika. Priežastinis ryšys yra *atsitiktinis*, kai tam tikra veika paprastai nesukelia tam tikrų nusikalstamų padarinių, tačiau šie vis tiek atsiranda dėl papildomų su veika nesusijusių aplinkybių (pvz. trečiojo ar nukentėjusio asmens veiksmų, gamtos reiškinių ir pan.) įtakos (Abramavičius *et al.*, 2019, p. 215). Išvada apie atsitiktinį priežastinio ryšio pobūdį lemia išvadą apie priežastinio ryšio nebuvimą, nes priežastinis ryšys baudžiamojoje teisėje siejamas tik su būtinuoju priežastiniu ryšiu (Piesliakas, 2006, p. 9). Esant atsitiktiniam priežastiniam ryšiui baudžiamoji atsakomybė kilti negali, nes tokiu atveju negalima asmens kaltė. Juk vienas iš kaltės elementų yra įstatyme numatytų padarinių numatymas (arba turėjimas ir galėjimas juos numatyti), o numatyti asmuo gali tik būtinuosius padarinius, kurie kyla dėl dėsningumais pagrįsto priežastinio ryšio. Toks yra tik būtiniojo ryšio pobūdis (Piesliakas, 2006, p. 10).

Šiose taisyklėse atspindi adekvataus priežastingumo teorija (Teismų praktikos keilių transporto..., 2009, p. 31), pagal kurią adekvatus (kitai dar vadinamas būtinuoju, dėsningu) priežastinis ryšys neegzistuoja (yra atsitiktinis), jeigu padariniai atsiranda dėl netaisyklingos, netipiškos priežastinės sekos, t. y. dėl neįprasto aplinkybių sutapimo, kurio, remiantis kasdienio gyvenimo patirtimi, asmeninėmis kaltininko savybėmis bei atsižvelgiant į veikos aplinkybes, neįmanoma numatyti (Wessels, 2003, p. 72). Ši teorija skirta atriboti teisiškai reikšmingą (būtinąjį) ir nereikšmingą (atsitiktinį) priežastinį ryšį. Priešingu atveju objektyvaus priežastinio ryšio grandinė niekuomet *nesibaigtą*, pvz., juk nužudymo peiliu atveju būtinoji padarinių kilimo sąlyga yra ir pats peilio pagaminimas, tačiau akivaizdu, kad toks priežastinis ryšys teisine prasme nebus reikšmingas ir baudžiamosios atsakomybės neužtrauks. Kitaip tariant, ši teorija skirta apriboti atsakomybę.

Svarbu pažymėti, kad tolimesnėje straipsnio dalyje bus kalbama tik apie antrąją – priežastinio ryšio pobūdžio – nustatymo etapą.

2.1.2 Priežastinio ryšio pobūdžio nustatymas atsižvelgiant į savivaldžio automobilio techninę specifiką

SA eismo įvykių byloje priežastinio ryšio *pobūdžio* nustatymo problemų kils dėl automobilių technologinės specifikos, tiksliau, dirbtinio intelekto komponento - mašininio mokymosi (angl. *machine learning*). Bendriausia prasme mašininis mokymasis apibūdinamas kaip programinės įrangos gebėjimas mokytis iš savo patyrimo (Butterfield, A., 2016 cituota Mockevičius, 2020, p. 10). Jeigu paprasto kompiuterinio algoritmo pagrindu veikianči kompiuterinė programa veikia pagal iš anksto parašytas „instrukcijas“ (t. y. kompiuterinius algoritmus) ir nuo jų nukrypti negali, tai dirbtinio intelekto pagrindu veikianči programinė įranga mašininio mokymosi pagalba geba tuos algoritmus keisti ir atnaujinti besimokydama iš savo pačios „patirties“. Būtent ši dirbtinio intelekto ypatybė atveria galimybes SA dalyvauti viešajame eisme. Paprastų algoritmų pagrindu veikianči transporto priemonė pilnavertiškai eisme dalyvauti negalėtų, kadangi iš anksto neįmanoma numatyti visų galimų situacijų eisme ir, juo labiau, kiekvienam atvejui parašyti programinio kodo. Tuo tarpu, esant dirbtiniam intelektui, visų situacijų numatyti nereikia, kadangi toks automobilis iš anksto žmonių nenumatytose situacijose išeiūtį randa pats – priima sprendimą remdamasis savo „patirtimi“. Toks SA sprendimas iš anksto negali būti numatomas, kadangi, jeigu jis būtų numatytas, tam būtų iš anksto sukurtas kompiuterinis algoritmas (toliau tekste tokie nenumatomi SA sprendimai bus vadinami „autonominiais sprendimais“).

Todėl teisės mokslininkai kelia klausimą, ar priežastinio ryšio pobūdis automatiškai netaps atsitiktiniu, kuomet tragišką eismo įvykį nulems SA autonominis sprendimas (Lingeti, 2019, p. 5) (Gless, 2016, p. 18)? Tokiu atveju automobilio kūrėjai bus nenumatę tiek situacijos, kurioje atsidūrė automobilis, tiek ir paties algoritmo. Ar tokiu atveju apskritai įmanomas būtinasis priežastinis ryšys, siejamas būtent su galimybe numatyti padarinius?

Atsižvelgiant į priežastinio ryšio pobūdžio nustatymo taisykles, SA technologinę specifiką, siekiant geriau suprasti kilsiančią problemą, toliau bus pristatomas autorių siūlomas *priežastinio ryšio pobūdžio teorinis nustatymo modelis* situacijose, kuomet eismo įvykį sukelia SA. Atsižvelgiant į SA technologinę specifiką, gali susiklostyti dvejopo pobūdžio situacijos, priklausomai nuo to, kokių pagrindų SA priėmė eismo įvykį sukėlusį sprendimą – ar įprasto kompiuterinio algoritmo, ar paties SA susikurto.

Jeigu eismo įvykį sukeltų sprendimas, nulemtas įprastų kompiuterinių algoritmų (pvz., programuotojas padaro klaidą ir parašo algoritmą, kad automobilis sustotų ne prieš raudoną, bet žalią šviesoforo signalą, ir dėl to įvyksta sunkius padarinius sukėlus eismo įvykis), tuomet priežastinio ryšio pobūdžio nustatymo problemos nekiltų. Toks

SA sprendimas negali įsiterpti į priežastinio ryšio grandinę, paversdamas jį atsitiktiniu, kadangi jis buvo tiesiogiai nulemtas kompiuterinį algoritmą parašiusio žmogaus. Žinoma, tai automatiškai nelems baudžiamosios atsakomybės taikymo, kadangi tokiu atveju dar reiktų nustatyti programinį kodą sukūrusio asmens kaltę.

Priežastinio ryšio pobūdžio nustatymo problematika atsiranda, kai eismo įvykis kyla dėl SA autonominio sprendimo. Tačiau ir šiuo atveju situacija išsišakoja į dvi galimas alternatyvas. SA autonominį sprendimą, sukėlusį eismo įvykį, priima situacijoje, kuri, atsižvelgiant į aukščiausią mokslo ir technikos lygį, (A) *galėjo* būti numatyta; (B) *negalėjo* būti numatyta. (A) atveju priežastinis ryšys būtų būtinas (dėsningas), nes tokia situacija galėjo būti numatyta, todėl jai išspręsti turėjo būti parašytas programinis kodas (pvz., SA kūrėjas laiku neatliko programinės įrangos atnaujinimo, kuris automobilių būtų „papildęs“ reikiamaiais algoritmais, padėjusiais priimti tinkamą sprendimą ir išvengti eismo įvykio). Kitaip tariant, tokiu atveju būtų konstatuojama, kad į priežastinio ryšio grandinę įsiterpė ne pašalinė nenumatoma jėga (t. y. ne SA autonominis sprendimas), bet programinės įrangos neatnaujinimas, t. y. konkretaus asmens neveikimas. Tuo tarpu (B) atveju būtų konstatuojama, kad priežastinis ryšys yra atsitiktinis, nes į priežastinio ryšio grandinę įsiterpė nenumatomas veiksnys – autonomiškas SA sprendimas, kuris žmogui iš anksto negali būti pažinęs. Tokiu atveju, formaliai remiantis adekvataus priežastingumo teorija, baudžiamoji atsakomybė kilti negalėtų, kadangi programuotojo ar kito asmens veiksmai negalėtų būti adekvati (dėsninga, būtina) padarinių kilimo sąlyga.

Tačiau kai kurie teisės mokslininkai dėl tokio (B) situacijos vertinimo išreiškia abejonių. Pavyzdžiui, Sabine Gless, Emily Silverman, Thomas Weigend savo straipsnyje (Gless, 2016, p. 18-19) teigia, kad taikant tokias priežastinio ryšio pobūdžio nustatymo taisykles bus susidurta socialiai nepriimtina „atsakomybės vakuumo“ (angl. *responsibility gap*) problema, kadangi už iš pažiūros nusikalstamus padarinius niekas nebus traukiamas baudžiamojon atsakomybėn. Pasak jų, tai gali mažinti visuomenės palaikymą naujų technologijų plėtrai. Todėl net ir tokiais atvejais, kai konkretūs žalingi padariniai negalėtų būti numatomi ((B) atvejis), už SA atsakingas subjektas vis tiek turėtų būtų traukiamas baudžiamojon atsakomybėn, kadangi būtinojo priežastinio ryšio konstatavimui viso labo pakaktų bendro pobūdžio tikimybės, jog SA gali sukelti nusikalstamus padarinius. Kitaip tariant, straipsnio autoriai mano, kad *de facto* bet kokie SA sukeliami padariniai būtų *būtinuoju* priežastiniu ryšiu susiję su už SA atsakingo asmens veiksmais (neveikimu), o atsitiktinis priežastinis ryšys tokiose veikose būtų negalimas. Mokslininkai mano, kad tokia pozicija galėtų pasikeisti tik tuomet, kai SA taps įprasta visuomenės gyvenimo dalimi ir nebebus siejami su ypatinga ir išskirtine rizika, kaip kad būtų dabar.

Darbo autorių nuomone, tokia S. Gless, E. Silverman, T. Weigend pozicija priimtina, kol SA dalyvautų viešajame eisme nepakankamai išbandyti. Neturint pakankamai duomenų apie SA, jų saugumo spragas, būtų iš esmės neįmanoma nustatyti, ar priežastinis

ryšys yra atsitiktinis, ar būtinas, kadangi pagrįstoms išvadoms padaryti nepakaktų duomenų imties. Kitaip tariant, būtų neįmanoma žinoti, ar incidentas nutiko kartą per milijoną, ar šimtą milijonų SA nuvažiuotų kilometrų, kadangi paprasčiausiai SA tiek kilometrų dar nebūtų nuvažiavęs. Priežastingumas tarp SA kūrėjo ir eismo įvykių padarinių būtų objektyviai nepažinus. Tokiu atveju įgyvendinant atitinkamų baudžiamųjų įstatymų tikslus – kelių transporto eismo saugą, žmogaus turto, sveikatos ar gyvybės apsaugą – būtinasis priežastinis ryšys būtų konstatuojamas pagrįstai, kadangi būtų neteisinga tokią visiškai neprognozuojamą žalingų padarinių riziką perkelti visuomenei (ypač jeigu incidentas nutiktų ne bandymų metu, o SA naudojant asmeniniais ar komerciniais tikslais). Šio straipsnio autoriai vaizdžiai šią situaciją pavadintų *būtiniojo priežastinio ryšio prezumpcija*. Tačiau jeigu eismo įvykio metu egzistuotų pakankamai duomenų, kad su panašiais technologiniais sprendimais, buvusiais eismo įvykio priežastimi, SA viešajame eisme saugiai nuvažiavo tiek kilometrų, kad būtų galima pagrįsti tokio technologinio sprendimo saugumą, tuomet tai reikštų, kad tarp SA gamintojo veiksmų ir padarinių priežastinis ryšys yra ne būtinasis, bet atsitiktinis.

Apibendrinant dalį apie priežastinį ryšį galima teigti, kad šiuo metu paprastai Lietuvos teismų praktikoje baudžiamosiose bylose taikoma adekvataus priežastingumo teorija iš dalies būtų nepakankama nustatinėjant priežastinio ryšio pobūdį, kuomet eismo įvykio priežastis būtų SA autonominis sprendimas priimtas eismo situacijoje, kuri iš anksto negalėjo būti numatyta SA kūrėjų. Tačiau tokį nepakankamumą sąlygoja ne teorijos trūkumai, bet objektyvi priežastis – duomenų apie SA saugumą nepakankamumas. Kol duomenų nepakaks, tarp SA kūrėjų veiksmų (neveikimo) ir padarinių (pvz., eismo įvykio) priežastinis ryšys bus visuomet laikomas būtinuoju. Ateityje, SA tapus įprasta visuomenės gyvenimo dalimi, ši problema turėtų išnykti, kadangi bus objektyviai įmanoma įvertinti priežastinio ryšio pobūdį.

2.2 Nusikalstamas nerūpestingumas

Siekiant pritaikyti baudžiamąją atsakomybę vien būtiniojo priežastinio ryšio nepakanka, kadangi jo nustatymas nepreziumuoja kaltės (Piesliakas, 2006, p. 10). Daugiausiai dėmesio teisės mokslininkų darbuose, ET Dirbtinio intelekto ir baudžiamosios teisės darbo grupės dokumentuose skiriama neatsargios kaltės, o tiksliau - nusikalstamo nerūpestingumo koncepcijai. Ši kaltės forma yra vienintelė, kurios konstatavimas reikalauja tik įrodymo, kad kaltininkas turėjo ir galėjo padarinius numatyti, nors jų ir nenumatė. Problemą, vėlgi, sukuria atvejai, kuomet eismo įvykį sukelia ne iš anksto netinkamai parašytas kompiuterinis algoritmas, bet SA autonominis sprendimas, kuris, kaip minėta, iš anksto negali būti numatomas. Pasak ET Dirbtinio intelekto ir baudžiamosios teisės grupės, tokiu atveju nėra aišku, kokio lygmens neatsargumas turėtų užtraukti baudžiamąją atsakomybę (European Committee on Crime Problems, 2020, p. 13). Siekiant įvertinti, ar dabartinė nusikalstamo nerūpestingumo koncepcija yra pa-

kankama spręsti potencialią atsakomybės vakuumo problemą, šiame skyriuje bus pristatytas jos įstatyminis modelis bei jos išaiškinimas teismų praktikoje, pasisakyta, kaip ši kaltės forma būtų taikoma atsižvelgiant į SA technologinę specifiką bei pateikiamas tokio taikymo vertinimas.

Pagal LR baudžiamojo kodekso („BK“) 16 str. 3 d., nusikalstama veika yra padaryta dėl nusikalstamo nerūpestingumo, jeigu ją padaręs asmuo nenumatė, kad dėl jo veikimo ar neveikimo gali atsirasti šiame kodekse numatyti padariniai, nors pagal veikos aplinkybes ir savo asmenines savybes galėjo ir turėjo tai numatyti (LR baudžiamasis kodeksas, 2000). Padarinių *nenumatymas* nustatomas, kai asmuo nesuvokia, kad jis pažeidžia visuotinai priimtas atsargumo taisykles ar specialias elgesio taisykles, ir dėl to nenumato, kad jo veika (veikimas ar neveikimas) gali sukelti pavojingus padarinius (pvz. žmogaus sužalojimą). Galėjimas ir turėjimas pagal veikos aplinkybes ir asmenines savybes numatyti padarinių atsiradimą apibūdina valinį nusikalstamo nerūpestingumo elementą. *Turėjimas* numatyti padarinius nustato pareigos būti atsargiam, darant atitinkamą veiką, buvimą, t. y. nustato pareigą numatyti savo veikos nusikalstamų padarinių galimybę. *Galėjimas* numatyti pasekmes nustato asmens, turinčio atitinkamą pareigą, galimybę konkrečioje situacijoje numatyti savo veiksmų pavojingus padarinius (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2019 m. gruodžio 18 d. nutartis baudžiamojoje byloje). Jeigu asmuo savo veika sukėlė žalingų padarinių, tačiau negalėjo ir neturėjo jų numatyti, jo veika baudžiamosios atsakomybės užtraukti negali, tad kvalifikuojama kaip *kazusas* (Prapiestis et al., 2019, p. 271).

Pažymėtina, kad baudžiamojoje teisėje nustatant asmens kaltę taikomas ne objektyvus (pvz. protingo ir apdairaus asmens), bet subjektyvus standartas. Į šią aplinkybę yra labai svarbu atkreipti dėmesį, kadangi išvada dėl kaltės gali skirtis priklausomai nuo kaltininko asmeninių savybių net esant toms pačioms faktinėms aplinkybėms. Vertinant, ar kaltininkas galėjo ir turėjo numatyti savo veikimo (neveikimo) padarinius, be kita ko, atsižvelgiama į jo asmenines savybes. Šis dėmuo bus itin svarbus bylose, kuriose sunkius padarinius SA sukelia dėl netinkamų gamintojo (pvz. programuotojo, inžinieriaus, aukščiausio lygio vadovo) veiksmų. Tokius automobilius kuria paties aukščiausio lygio profesionalai, geriau nei bet kas kitas išmanantys visas rizikas ir galimus pavojus, susijusius su SA dalyvavimu viešajame eisme. Todėl, panašiai kaip ir medikų baudžiamosios atsakomybės byloje⁷, taikomas asmeninių savybių standartas bus itin aukštas, kuris, tikėtina, sutaps su aukščiausiais atitinkamu momentu žinomais mokslo ir technologiniais pasiekimais šioje srityje.

Taigi, ar, atsižvelgiant į konkretaus SA gamintojo savybes, galima teigti, kad jis turi pareigą ir galimybę numatyti iš esmės objektyviai nenumatomus SA autonominius sprendimus?

⁷ Pvz., Lietuvos Aukščiausiojo Teismo kasacinės nutartys baudžiamosiose bylose Nr. 2K-563/2006, 2K-78-511/2019

Padarinių numatymas ir rūpestingumo pareigos pažeidimas yra susiję ir todėl negali būti vertinami atskirai. Asmuo turi numatyti padarinius, į kuriuos apdairiai besielgiantis kaltininkas, atsižvelgdamas į konkrečiai egzistuojančias aplinkybes, vadovaudamasis bendra gyvenimo patirtimi, atkreiptų dėmesį. Rūpestingumo pareigos (būti atsargiam) turinį sudaro reikalavimai atpažinti dėl konkretaus elgesio saugomam teisiniam gėriui kylantį pavojų ir pagal tai atitinkamai elgtis, t. y. pavojingą poelgį atlikti tik prieš tai ėmusius pakankamų atsargumo priemonių arba visai tokio poelgio atsisakyti. Reikiamo rūpestingumo pobūdis ir dydis nustatomi pagal reikalavimus, kurie gali būti keliami, jei pavojaus būklę vertinsime *ex ante* (prieš įvykį), protingam ir sąžiningam žmogui atsižvelgiant į konkrečią padėtį ir besielgiančiojo socialinį vaidmenį (pvz. turimas specialias žinias) (Wessels, 2003, p. 216-217). Akivaizdu, kad SA kūrėjai numato bendro pobūdžio tikimybę, kad SA gali sukelti sunkius padarinius, kadangi tai yra objektyviai neišvengiama tokioje nenuspėjamoje aplinkoje kaip viešasis automobilių eismas. Neįmanoma ir niekada nebus įmanoma užtikrinti, kad SA nesukeltų nė vieno eismo įvykio. Tačiau ar tokio bendro pobūdžio tikimybės pakanka siekiant konstatuoti turėjimą ir galėjimą numatyti padarinius? Tokioje situacijoje galimi du baudžiamosios atsakomybės taikymo scenarijai: (1) joks asmuo negalėtų būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn, kadangi automobilis veikia „pats“ (kitaip tariant, konkretūs jo veiksmai dėl technologinės specifikos objektyviai negali būti numatomi); (2) asmuo (programuotojas, gamintojas, vartotojas) teoriškai turi ir gali numatyti bet kokią SA galimai sukeltiną žalą (kadangi tokio automobilio pilnai kontroliuoti negali), o tai reikštų baudžiamosios atsakomybės *de facto* tapimą griežtąja (Gless *et al.*, 2016, p. 13).

Pasak mokslininkų S.Gless, E.Silverman, T.Weigend (Gless *et al.*, 2016), pirmoji pozicija neįtikina, kadangi SA savo esme yra neprognozuojami. Tokiose situacijose netaikant baudžiamosios atsakomybės, atitinkamai sumažėtų SA gamintojų rūpestingumo pareiga, o tai – socialiai nepriimtina. Antroji pozicija taip pat nepriimtina, kaip pernelyg ribojanti technologijų plėtrą dėl per plačiai taikomos baudžiamosios atsakomybės. Šie autoriai būtų linkę rinktis antrąją poziciją, jos griežtumą švelninant mažinant rūpestingumo pareigos standartą. Detalizuodami šią poziciją, mokslininkai brėžia paralelę su baudžiamąja atsakomybe už nesaugius produktus, į kurią daug taisyklių perkelta iš civilinės teisės. Prieš išleidžiant produktą į rinką, gamintojas privalo įsitikinti, kad jo produktas atitinka aukščiausius mokslo ir technologijų standartus, o jo saugumas vartotojų atžvilgiu buvo pakankamai patikrintas. Produktui esant rinkoje, gamintojas nuolat privalo stebėti vartotojų atsiliepimus ir nedelsiant reaguoti į pranešimus apie produkto sukeltus incidentus ar žalą. Jei būtina, gamintojas privalo perspėti vartotojus apie galimus naudojimo pavojus, produktą taisyti ir, jei būtina, išimti jį iš rinkos. Jeigu dėl šių pareigų nesilaikymo kyla žala, gamintojui gali būti taikoma baudžiamoji atsakomybė dėl žmogaus sveikatos sutrikdymo ar gyvybės atėmimo (Gless *et al.*, 2016, p. 14-15).

Pasak mokslininkų, rūpestingumo pareigos standarto sumažinimas galėtų būti pasiektas per „turėjimo numatyti padarinius“ kriterijų, kuris suponuoja pareigą elgtis maksimaliai atsargiai. Gamintojo elgesys būtų maksimaliai atsargus, jeigu SA gamybos, programavimo, testavimo ir stebėjimo procesuose būtų taikomi aukščiausi žinių ir technologijų standartai. Asmenys, kurie šių standartų laikosi, net ir numatydami bendro pobūdžio riziką, atsargumo pareigą išpildytų (Gless *et al.*, 2016, p. 20). Naudojantis Lietuvos baudžiamosios teisės terminais, tokie asmenys būtų laikomi *neturėjusiais* numatyti padarinių.

Ši pozicija yra suderinama su BK 16 str. 3 d. numatyta nusikalstamo nerūpestingumo koncepcija. Viešasis eismas – nenuspėjama aplinka, kurioje žmogus negali numatyti visų scenarijų. Tad to iš jo negalima reikalauti. Minėta, kad pagal J. Wessels, pareigos rūpintis (būti atsargiam) turinį sudaro reikalavimai atpažinti dėl konkretaus elgesio saugomam teisiniam gėriui kylantį pavojų ir pagal tai atitinkamai elgtis, t. y. pavojingą poelgį atlikti tik prieš tai ėmusis *pakankamų atsargumo priemonių* arba visai tokio poelgio atsisakyti. Taigi baudžiamoji atsakomybė SA kūrėjams galėtų būti taikoma tik tuomet, jeigu būtų įrodyta, kad jie nesiėmė pakankamų atsargumo priemonių.

Apibendrinant dalį apie neatsargią kaltę, gali būti manoma, kad dabartinė nusikalstamo nerūpestingumo koncepcija yra visiškai pakankama siekiant pritaikyti baudžiamąją atsakomybę tais atvejais, kai dėl nepakankamo asmenų rūpestingumo SA sukelia eismo įvykį. Vien tai, kad žalą sukėlė SA autonominis sprendimas, dar nereiškia, kad asmenys galės išvengti baudžiamosios atsakomybės dėl kaltės jų veiksmuose nebuvimo. Tokiais atvejais atsakomybė galėtų būti taikoma, jeigu būtų įrodyta, kad SA kūrėjai, naudotojai ar kiti asmenys, atsižvelgiant į jų asmenines savybes, nesiėmė pakankamų atsargumo priemonių SA gamybos, programavimo, testavimo, stebėjimo ir naudojimo procesuose, kad išvengtų žalingų padarinių.

3. Civilinė atsakomybė

Civilinės atsakomybės ištakos siejamos su Aristotelio *atitaisomuoju teisingumu* kaip *status quo* išsaugojimu (Heidt, 1990, p. 352). Nuo senovės romėnų laikų civilinė atsakomybė buvo grindžiama žalą padariusio asmens kalte. Pramonės revoliucija lėmė įvairių mechanizmų naudojimą, kurių poveikio žmonės negalėjo absoliučiai kontroliuoti net ir elgiantis maksimaliai rūpestingai. Netrukus besąlygiškas kaltės principo taikymas tapo naudingu didesnio pavojaus šaltinių valdytojams, kurie paprastai iš veiklos gaudavo naudą. Tuo tarpu nukentėjusiems, nenustačius kaltės sąlygos, žala atlyginama nebūdavo. Šie pokyčiai vertė pakartotinai įvertinti klasikinių požiūrį į civilinę atsakomybę. Pradėta manyti, kad asmuo, gaunantis naudą, turi prisiimti ir našta. Galiausiai plėtojamos teorijos peržengė idėjinį lygmenį ir XIX a. buvo įtvirtintos teisėje kaip griežtosios atsakomybės doktrina (Abramavičius, Mikelėnas, 2010, p. 282–284). Istoriskai griežtoji

civilinės atsakomybės pirmiausia buvo taikoma geležinkeliams, vėliau, atsiradus kitoms transporto priemonėms, buvo įgyvendinama ir šioms. Į gatves išriedėjus 2 lygio dalinės automatizacijos automobiliams (kaip *Tesla*), griežtos civilinės atsakomybės institutai išliko nepakitę. Tačiau 3–5 lygio SA atsiradimas ir paplitimo galimybė mokslininkus ir sprendimo priėmėjus privertė ir vėl sugrįžti prie griežtosios civilinės atsakomybės reformavimo temų.

Mokslinėje literatūroje ir Europos Sąjungos („ES“) politikos dokumentuose nesutariama, kas turėtų būti civilinės atsakomybės subjektas: gamintojas ir (ar) valdytojas (Bertolini, 2020, p. 110). Taip pat kyla didesnio pavojaus šaltinio valdytojo problema (Patti, 2019, p. 213). Taikant gamintojo atsakomybę, susiduriama su neteisėtų veiksmų (defekto), atsakomybę šalinančių aplinkybių problemomis (Bertolini, 2020, p. 57–58).

ES dokumentuose paprastai siūloma išdėstytas (ir kitas) problemas spręsti teisėkūros būdu (Bertolini, 2020, p. 29–31). Manoma, kad dabartinis reguliavimas yra nepakankamas, nes nėra tiesiogiai pritaikytas SA. Tačiau šio darbo autoriai į papildomo ir tiesioginio reguliavimo siūlymus dėl jo *nepakankamumo* žvelgia veikiau kritiškai. Reguliavimas gali būti nepakankamas, nes yra neteisingas (politinė kategorija) arba nefunkcionuojantis (teisinė kategorija). Tam tikrais atvejais, naujas teisėkūros iniciatyvas pradedama siūlyti iš esmės neišsiaiškinus, ar reguliavimas iš tiesų nefunkcionuotų. Ir, jei visgi funkcionuotų, tai kaip? Todėl šios dalies tikslas – išanalizuoti ir įvertinti ar egzistuojantis teisinis reguliavimas yra pakankamas taikant civilinę atsakomybę už visiškos automatizacijos SA.

Siekiant mokslinio darbo tikslo, šioje darbo dalyje bus apžvelgiamas civilinės atsakomybės teisinis reguliavimas, aktualus **vartotojams** (atsakomybė už didesnio pavojaus šaltinio padarytą žalą, atsakomybė už žalą, atsiradusią dėl netinkamos kokybės produktų ar paslaugų), bei reguliavimo teorinis pagrindas (griežtosios atsakomybės, rizikos, *gilių kišenių* teorijos).

3.1 Rizikos teorija kaip griežtosios atsakomybės doktrinos pagrindas

Diskusiją dėl SA verta pradėti nuo griežtosios atsakomybės doktrinos postulatų. Griežtosios atsakomybės doktrina yra kalte paremtos tradicinės civilinės atsakomybės išimtis, kuomet asmuo laikomas atsakingu nepriklausomai nuo kaltės. Griežtosios atsakomybės doktrinos pagrindų reikia ieškoti XIX a. pradžioje vystyti rizikos teorijoje. Galima išskirti du rizikos teorijos vystymosi etapus: klasikinį ir šiuolaikinį amerikietiškaį.

Iš pradžių, rizikos teorija turėjo dvi pagrindines sąlygas. Pirma, tai buvo pati rizika ir sąmoningas jos prisiėmimas, suprantant, kad tam tikro objekto naudojimas ar veiklos vykdymas gali sukelti neigiamų padarinių (Mikelėnas, 1995, p. 229). Antroji

sąlyga – objektyvus kontrolės trūkumas. Manant, kad asmuo didesnį pavojų keliančio šaltinio apskritai nėra pajėgus visapusiškai kontroliuoti, net ir elgdamasis rūpestingai, pvz., automobilio vairavimas slidžia danga, gamykloje esanti technika ir pan. Klasikinė rizikos teorija reikšmingai prisidėjo prie didesnio pavojaus šaltinio valdytojo atsakomybės įvedimo.

Tačiau rizikos teorija turi ir naujesnę kryptį, pradėtą vystyti XX a., siejamą su amerikietiška šiuolaikine rizikos teorijos variacija – *gilioji kišenės doktrina* (angl. *deep pocket doctrine*). Pagal šią *doktriną*, asmeniui verčiantis pelninga, tačiau pavojinga veikla, jis privalo atlyginti aplinkiniams sukeltą žalą, kadangi yra šios veiklos naudos gavėjas (Mikelėnas, 1995, p. 231). Jis taip pat yra geriausioje padėtyje šią riziką suvaldyti ir žalą padengti iš savų *gilių kišenių*. Taigi, šios *gilioji kišenės doktrinos* sąlygos yra pavojaus šaltinio valdytojo 1) gaunama nauda bei 2) galimybė geriau šią riziką valdyti; ir geriau kilusią žalą padengti už kitus. *Gilioji kišenės doktrina*, didžiausią įtaką padarė gamintojo atsakomybės už netinkamos kokybės produktus taikymui.

Apibendrinant, rizikos teorijos postulatų yra teoriniai griežtosios atsakomybės instituto pagrindai. Klasikinė rizikos teorija reikšmingai prisidėjo prie didesnio pavojaus šaltinio valdytojo reguliavimo, o *gilioji kišenės doktrina*, kaip šiuolaikinė rizikos teorijos variacija, darė įtaką gamintojo atsakomybės už netinkamos kokybės produktus įvedimui.

3.2 Atsakomybė už didesnio pavojaus šaltinio sukeltą žalą

Aptarus griežtosios atsakomybės doktrinos postulatų, reikšminga išgildinti ir šia teorija grindžiamą didesnio pavojaus šaltinio valdytojo institutą, kuris aktualus civilinės atsakomybės už SA sukeltą žalą pritaikomumui. Daugelyje Europos valstybių transporto priemonių valdytojai už padarytą žalą atsako be kaltės. LR Civilinio kodekso („CK“) 6.270 str. įtvirtina abstrakčią didesnio pavojaus šaltinio sąvoką (Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas, 2000), kaip ir klasikinėje rizikos teorijoje, teismų praktikoje siejamą su 1) itin didele žalos atsiradimo rizika; ir 2) negalėjimu jos pašalinti atsargumo priemonėmis (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011 m. lapkričio 18 d. nutartis civilinėje byloje). Taikant atsakomybę už didesnio pavojaus šaltinio žalą (CK 6.270 str.) galioja trys civilinės atsakomybės sąlygos: žala; priežastinis ryšys; neteisėti veiksmai. Nors ši reguliavimo specifika neabejotinai aktuali ir SA, tačiau mokslinėje literatūroje esminių problemų nekelia. SA kontekste kyla klausimas, ar pasikeitus tradiciniam automobilio valdymo modeliui, kai valdytojas yra vairuotojas, ir SA programinei įrangai perėmus visas vairuotojo funkcijas, didesnio pavojaus šaltinio valdytoju netaps pats SA? Taip pat kaip derėtų kvalifikuoti *savivaldžio uberio* „paslaugas“.

3.2.1 Savivaldžio automobilio valdytojo atsakomybė

SA valdytojo problema iškyla dėl SA atsiradimo pakitusių automobilio valdytojo funkcijų. Tradicinio automobilio valdytojas atlieka vairuotojo funkciją⁸ (manevruoja, važiuoja pirmyn, atgal ir pan.), o SA valdytojas apsiriboja *taško B* įvedimu į navigaciją. Taigi, tradicinis valdytojas turi daugiau objektyvios didesnio pavojaus šaltinio kontrolės nei SA valdytojas. Todėl gali kilti klausimas, ar aplinkybės, kaip pakitusi objektyvios kontrolės bei rizikos prisiėmimo apimtis, paties SA nepaverčia valdytoju? Siekiant atsakyti į šį klausimą, reikia gilesnės didesnio pavojaus šaltinio valdytojo sąvokos analizės.

Pagal CK 6.270 str. 2 d., valdytoju laikomas asmuo, valdantis didesnio pavojaus šaltinį nuosavybės, patikėjimo teise ar kitokiu teisėtu pagrindu. Tačiau, remiantis teisinių praktika, šiame CK 6.270 str. 2 d. apibrėžiamas *valdymas* turi kitokią prasmę negu daiktinio pobūdžio savininko valdymo teisė. Tradicinio automobilio valdytojo statusas reiškia „teisėtu pagrindu faktiškai turinčio asmens teisę automobilį tvarkyti, vairuoti ar juo naudotis, taip pat pareigą atsakyti už žalą“ (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2000 m. kovo 9 d. nutartis civilinėje byloje). Taigi, valdytojo sąvoka apima tiek daiktinės teisės valdymo (teisiškai turėti daiktą savo žinioje, daryti jam fizinį ar ūkinį poveikį), tiek daiktinės teisės naudojimo (gauti iš jo naudos, pvz. panaudoti automobilį kaip susisiekimo priemonę) kategorijas. Taip pat pagal CK 4.30 str., „valdytojas gali valdyti daiktą per kitą asmenį, kuris privalo laikytis valdytojo nurodymų“. Taigi, valdytojas neprivalo daiktą valdyti tiesiogiai ir tai gali daryti per SA.

Kadangi didesnio pavojaus šaltinio valdytojo sąvoka apima tiek šio objekto valdymą, tiek naudojimą, SA valdytojas turėtų būti jo savininkas arba kitu teisėtu pagrindu faktiškai juo besinaudojantis asmuo. Nors valdytojo sąvoka apima ir vairuotojo sąvoką, kadangi vairuojant automobilį juo yra naudojama, tačiau vairavimas nėra būtinoji didesnio pavojaus šaltinio valdytojo sąlyga.

Atsakomybės SA teisėtam ir faktiniam valdytojui taikymas gali būti grindžiamas rizikos teorijos postulatais. SA naudotojas suvokia, kad šios transporto priemonės valdymas gali kelti didelę žalą atsiradimo riziką, o ši negali būti objektyviai pašalinama atsargumo priemonėmis. Vis dėlto, asmuo pasirenka riziką prisiimti, todėl ir turi būti laikomas atsakingu už kilusius padarinius. Tačiau toks atsakomybės taikymas gali neatitikti *gilos kišenės* argumento. Už programinę įrangą, kuri *vairuoja* SA, atsakingas gamintojas gali atrodyti tinkamesnė riziką suvaldyti galinti šalis. Esant kitokiai politinei valiai, kuri prioritetą teiktų *gilos kišenės* doktrinai, būtų galima imtis teisėkūros inicia-

⁸ Kadangi tyrime analizuojamos tik su vartotojais susijusios problemos, darbe nebus nagrinėjami civilinės atsakomybės atvejai, susiję su žala, kuri buvo sukurta asmens, automobilį vairuojančio ryšium su tarnybinių ar darbo pareigų atlikimu. Tokiu atveju, pagal CK 6.270 str. 2 d., valdytojo sąvoka apimtų ir darbdavį, taip pat taikant ir CK 6.264 str.

tyvų (pvz., pateikti pataisais CK 6.270 str.) ir didesnio pavojaus šaltinio – SA – valdytoją pripažinti gamintoju. Antra vertus, tuomet didesnės reikšmės netektų griežtoji gamintojo atsakomybė, aptariama kitoje darbo dalyje.

3.2.2 Savivaldžio *uberio* valdytojo atsakomybė

Taip pat gali kilti klausimas, ar *savivaldžiu uberiu*⁹ besinaudojantis klientas atsakytų už SA sukeltą žalą? Atsakymas į šį klausimą priklausytų nuo to, ar SA nuoma būtų kvalifikuojama kaip nuoma su vairavimo ir techninės priežiūros paslauga (CK 6.512–6.521 str.) ar be šių paslaugų teikiama nuoma (6.522–6.529 str.).

Autorių nuomone, *savivaldžio uberio* ir kliento santykiams turėtų būti taikoma transporto priemonių nuoma teikiant vairavimo ir techninės apžiūros paslaugas. Remiantis CK 6.512 str. 1 d. nuomotojas (pvz., *uberis*) įsipareigoja laikinai už užmokestį perduoti nuomininkui valdyti transporto priemonę (pvz., SA) ir suteikti tos transporto priemonės vairavimo ir techninės priežiūros paslaugas. Remiantis LR saugaus eismo automobilių keliais įstatymo 2 str. 83 p., transporto priemonės vairavimui prilyginami ir SA įrangos veiksmas, kuriais transporto priemonė yra valdoma. Taigi, CK 6.512 str. 1 d. aptariama vairavimo paslauga apima ir programinės įrangos veiksmus. Todėl ir atsakomybė už tokio *savivaldžio uberio* sukeltą žalą tektų pačiam nuomotojui (verslui), nebent žala būtų kilusi dėl nuomininko kaltės (CK 6.519 str.).

Atsakomybės taikymas *savivaldžio uberio* įmonei atitiktų *gilios kišenės* argumentą, kadangi atsakomybę prisiimtų verslas, kuris SA nuomoja, teikia technines ir vairavimo paslaugas, kitaip tariant, turi *gilesnes kišenes* kilusios žalos atlyginimui. Antra vertus, toks modelis nepašalintų gamintojo atsakomybės, jei SA būtų netinkamos kokybės, tačiau ši aplinkybė bus aptariama straipsnio dalyje apie gamintojo atsakomybę.

3.2.3 Tarpinės išvados dėl savivaldžio automobilio valdytojo atsakomybės

Taikant didesnio pavojaus šaltinio valdytojo atsakomybės normą (CK 6.270 str.) pareiga atlyginti žalą kiltų SA valdytojui, kuris yra, daiktinės teisės prasme, šio objekto teisėtas valdytojas ir faktinis naudotojas (savininkas, nuomininkas, patikėjimo teise automobilį valdantis asmuo). *Savivaldžio uberio* sukeltą žalą atlygintų nuomotojas (verslas), kadangi vairavimo paslaugos teikimas apima ir SA programinės įrangos veiksmus.

⁹ *Savivaldžio uberio* sąvoka naudojama kaip metafora, kuri iliustruoja taksi, pavėžėjimo paslaugų teikėjų verslo modelių ateities modifikaciją. Tokios įmonės kaip *Uber* ar *Bolt* savo veikloje nebenaudos tarpininkų – vairuotojų. Todėl *savivaldžio uberio* ir įmonės klientų santykis labiau primins *Citybee* verslo siūlomą automobilių nuomą, o ne pavėžėjimo paslaugos teikimą.

3.3 Gamintojo atsakomybė už netinkamos kokybės produktą

Nors darbo autoriai laikosi pozicijos, kad SA valdytojas ar *savivaldžio uberio* nuomotojas (verslas) būtų laikomas atsakingu už SA sukeltą žalą, tačiau tai nereiškia, kad gamintojui atsakomybė nekiltų. Pagal *gilios kišenės doktriną* gamintojas gali geriau valdyti produkto kokybės riziką, kadangi už ją yra tiesiogiai atsakingas. Todėl ir žala, pagal neteisėtų veiksmų kilmę, turėtų būti atlyginama paties gamintojo. Natūralu, kad gamintojas neatsakytų už tai, kad autoavarija įvyko dėl to, kad gamintojas nesukonstravo mašinos kaip nenugalimo tanko (Posner, 1992, p. 181). Tačiau nustačius bent vieną gaminio trūkumą, civilinė atsakomybė už kilusią žalą tektų pačiam gamintojui. Priešingu atveju rinkoje nepavyktų užtikrinti disciplinos siekiant sukurti saugesnius produktus.

Gamintojo civilinės atsakomybės už netinkamos kokybės produktus reglamentavimas yra dvilypis. Viena vertus, nemažai nuostatų įtvirtina ES: atsakomybę už netinkamos kokybės produktais padarytą žalą reglamentuoja 1985 m. liepos 25 d. Europos Bendrijų Tarybos direktyva 85/374/EEB („Direktyva 85/374/EEB“) (Tarybos 1985 m. liepos 25 d. direktyva..., 1985), taip pat Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2001/95/EB dėl bendros gaminių saugos („Direktyva 2001/95/EEB“) (Europos Parlamento ir Tarybos 2001 m. gruodžio 3 d...., 2001). Antra vertus, direktyvose nustatytas reglamentavimas perkeltas ir iš dalies papildytas nacionalinėje teisėje. Gamintojo atsakomybę Lietuvoje reglamentuoja CK 6.292-6.230 str., LR produktų saugos įstatymas (LR produktų saugos įstatymas, 1999). Aptartų teisės aktų pagrindu ES verda nemažai diskusijų dėl esamo reglamentavimo pokyčių SA gamintojo civilinės atsakomybės srityje. Manoma, kad dabartinis reguliavimas tiesiogiai nepadengia naujų, SA keliamų rizikų. Tačiau¹⁰ bus aptariamos problemišiausios 1) defektų; 2) atsakomybę šalinančių aplinkybių temos.

3.3.1 Netinkama produkto kokybė

Pagal dabartinį reguliavimą gamintojas atsakytų dėl neteisėtų veiksmų – gaminio trūkumų (defektų), kurie lemia netinkamą kokybę. Tačiau dažnai kyla klausimas, kas yra netinkama kokybė? Mat šios normos neapibrėžtumas sulaukia kritikos ir SA skir-

¹⁰ Svarbu pažymėti, kad autoriai neanalizuos civilinės atsakomybės draudimo, priežastinio ryšio ir programinės įrangos prilyginimo produktui klausimų, nors šiose temose keliamos problemos mokslininkų tarpe taip pat sulaukia dėmesio. Autoriai mano, kad privalomas transporto priemonių civilinės atsakomybės draudimas bus taikomas ir savivaldžiams automobiliams, todėl bent iš dalies spres žalos atlyginimo klausimą. Priežastinio ryšio nustatymas didelių įrodinėjimo iššūkių nekels, nes Lietuvoje laikomasi lankstaus priežastinio ryšio doktrinos. Taip pat nors gamintojo atsakomybė pagal Direktyvą 85/374/EEB taikoma tik produktams (gaminiams), ir manoma, kad galbūt programinė įranga, veikiau primena paslaugą (o ne gaminį), tačiau net programinę įrangą pripažinus paslauga (su tuo autoriai nesutinka), gamintojo atsakomybė Lietuvoje kiltų, nes ši taikoma tiek gaminiams, tiek paslaugoms.

tuose ES politikos dokumentuose. Netinkamos kokybės reguliavimą gali geriau atskleisti ne vien teisės normų aiškinimas, bet ir aktualūs Richard Posner teoriniai apmąstymai.

Netinkama kokybė yra vertinamasis kriterijus, kuris nustatomas atsižvelgiant į gaminio pateikimą, tikslą, kuriam gaminyje gali būti naudojamas, gaminio išleidimo į apyvartą laiką ir kitus kriterijus (Direktyvos 85/374/EEB 6 str. ir CK 6.294 str.). Šios aplinkybės formuoja vartotojų saugumo lūkesčius dėl produkto. Todėl, sprendžiant dėl netinkamos kokybės, taikomas vartotojų lūkesčių testas, kuris apima nemažai faktinių aplinkybių nustatymo, susijusių trimis doktrinoje nusistovėjusiomis netinkamos kokybės grupėmis – produkto gamyba, projektavimu (dizainu), informavimu. Toks netinkamos kokybės nustatymo modelis, remiantis R. Posner¹¹, galėtų būti traktuojamas kaip *standartinė norma*, kuri reikalauja santykinai daug faktinių aplinkybių nustatymo. Netinkamos kokybės normos *standartiškumas* gali turėti tiek privalumų, tiek trūkumų.

Vienas iš kokybės normos *standartiškumo* trūkumų tai, kad kilus ginčams gali būti sunkiau numatyti jų rezultatą, o tai gali didinti teisinį netikrumą, kuris yra išlaidų ir nenaudingumo šaltinis, mat įvertinti aplinkybes reikėtų daugiau kaštų. Tad ES politikos dokumentuose vystoma reguliavimo neapibrėžtumo kritika gali būti suprantama. Ypač atsižvelgiant į gamintojo interesus, mat ši interesų grupė labiausiai siekia teisinio tikrumo ir tikslumo. Tačiau nederėtų pamiršti, kad *standartinės* normos turi ir privalumų, viena jų – teisinio formalizmo priešybė, mat sprendžiama ne vien formalaus teisingumo pasiekimo problema (Posner, 2004, p. 46–47). Taip pat įstatymų leidėjas dėl natūralios žinių asimetrijos ne visais atvejais gali konkrečiai apibrėžti visus įmanomus defektus, apžvelgti skirtingas pramonės sritis, ypač naujas ir iki galo neištirtas kaip SA. Nederėtų pamiršti, kad gamintojo atsakomybės institutas skirtas vartotojų apsaugai, todėl normų *standartiškumas* (abstraktumas) neabejotinai suteikia galimybę taikyti atsakomybę net ir tais atvejais, kai ši nebuvo formaliai apibrėžta.

Apibendrinant, galima teigti, kad kritikuojant netinkamos kokybės normos neapibrėžtumą reikia atkreipti dėmesį į šios normos tikslą, siejamą su vartotojų apsauga, todėl normos neapibrėžtumas gali suteikti ir privalumų. Tam tikros defektų kategorijos, kaip gamybos ar informavimo trūkumai, reikalauja mažiau faktinių aplinkybių tyrimo, nes yra aiškesnės (mažiau *standartiškos*), o tam tikri, kaip projektavimo defektai, daugiau (labiau *standartiški*).

3.3.1.1 Gamybos ir informavimo defektai

Vienas iš doktrinoje išskiriamų defektų – gamybos defektas. Tai nukrypimas nuo paties gamintojo iš anksto nustatytų techninių sąlygų, dėl kurių produktas tampa pa-

¹¹ R. Posneris *standartines* normas aptaria pasitelkdamas nerūpestingumo kategoriją, tačiau autorių nuomone, netinkama kokybė taip pat atitinka *standartinės* normos sampratą. Daugiau žr. Posner, R.A., (2004). *Jurisprudencijos problemos*, Vilnius: Eugrimas, 46–47.

vojingu vartotojui ar jo turtui. Taigi, gamybos defekto tipas netinkamą kokybę paverčia apibrėžta. Todėl gamybos trūkumų nustatymas teisės aiškinimo sunkumų sukelti neturėtų, nors SA aparatūros (angl. *hardware failure*) ar programinės įrangos (angl. *software failure*) gedimas ir būtų labiau sofistikuotas. Todėl gamybos defekto reguliavimas SA kontekste nereikalauotų nei papildomo teisinio išaiškinimo, nei reguliavimo. Taip pat tiriant gamybos defektus būtų lengviau nuspėti bylinėjimosi rezultatą, o tai kainuotų mažiau išlaidų.

Informavimo defektas pasireiškia 1) informacijos nepateikimu, 2) nepakankamu, 3) netinkamu pateikimu. Šie duomenys kuria vartotojų saugumo lūkesčius bei, įspėjant apie rizikas, lūkesčius mažina. Tai atsiliepia ir gamintojo atsakomybei, pvz., žala kilusi dėl rizikos, apie kurią vartotojas buvo informuotas, gamintojo nėra atlyginama (Valainytė, 2007, 33-35). Tuo tarpu neinformavimas apie riziką gali paversti saugų produktą nesaugiu. SA atveju, gali kilti klausimų, kaip teismas interpretuos faktines aplinkybes, pvz., informavimą apie autoįvykio tikimybę, tačiau abejotina ar tai šalins (mažins) gamintojo atsakomybę už gamybos ar projektavimo defektą. Informavimas bus reikšmingas, kai SA bus prižiūrimas ar eksploatuojamas ne pagal gamintojo instrukcijas. Instrukcijų nesilaikant riziką prisiims SA valdytojas, todėl galima bus įrodinėti ir vartotojo kaltę dėl kilusios žalos ir taip mažinti ar netgi šalinti gamintojo atsakomybę (CK 6.297 str.).

3.3.1.2 Projektavimo defektai

Projektavimo defektas yra trūkumas, atsirandantis, kai produktas atitinka jam keliamus gamintojo techninius reikalavimus, bet patys reikalavimai kelia nepagrįstą riziką vartotojams ar jų turtui (Hodges, 1993, p. 99). Projektavimo defektai atsiranda dar produkto kūrimo procese, jei jį sukūrus paaiškėja, kad produktas neatitinka teisėtų vartotojų saugumo lūkesčių. Tad gali kilti klausimas, ar paties SA, kurį vairuoja programinė įranga, o ne vartotojas, autoįvykio faktas jau yra pakankamas pagrindas pripažinti, kad vartotojų teisėti saugumo lūkesčiai buvo pažeisti? Todėl projektavimo defektas reikalauja išsamesnio teisės ir faktinių aplinkybių aiškinimo (ir yra panašesnis į *standartinę* normą).

Projektavimo defekto kontekste aktualu, kad gamintojo atsakomybė už netinkamos kokybės produktus yra objektyvi (be kaltės). Todėl vertinant gamintojo atsakomybę atsižvelgiama ne į gamintojo pastangas, bet esamą mokslo žinių lygį. Taigi, projektavimo defekto vertinimas neatsiejamas nuo atsakomybės šalinančio pagrindo – aplinkybės, kad mokslo ir techninių žinių lygis produkto išleidimo į apyvartą metu nebuvo toks, kad leistų nustatyti netinkamą kokybę. Gamintojui įrodžius, kad gamintojas objektyviai, remiantis mokslo išsivystymo lygiu, negalėjo sukurti saugesnio produkto, atsakomybė gamintojui nebūtų taikoma.

Antra vertus, gali būti manoma, kad gamintojas negali numatyti visų SA priimtų sprendimų dėl automobilio vairavimo specifikos. Juk ši transporto priemonė veikia ne

tik pagal iš anksto parašytus kompiuterinius algoritmus, bet ir geba juos keisti pati remiantis savo *patirtimi*. Vis dėlto, autoriai pažymi, kad civilinės atsakomybės netaikymas remiantis gamintojo negalėjimu numatyti SA sprendimų neatitiktų atsakomybės taikymo be kaltės sąlygos.

3.3.1.3 Gamintojo atleidimas nuo atsakomybės

Kaip jau buvo užsiminta mokslinio darbo *Projektavimo defektų* dalyje¹², gamintojo atsakomybės išvengti leistų atsakomybę šalinantys pagrindai. Tarp kurių labiausiai kritikuojama (Bertolini, 2020, p. 58) aplinkybė, kad mokslo ir techninių žinių lygis produkto išleidimo į apyvartą metu nebuvo toks, kad leistų nustatyti netinkamą kokybę (CK 6.298 str. 1 d. 5 p., Direktyvos 85/374/EEB 7 (e) str.). SA kontekste svarbu atskleisti, kas yra 1) gaminio išleidimo į apyvartą laikas; ir 2) mokslo ir technikos žinių būklė.

Išleidimas į apyvartą, plačiąja prasme, yra momentas, kai gamintojas nebekontroliuoja produkto, nes gamyba yra pasibaigusi, o produktas perduodamas prekybos grandinei (Europos Teisingumo Teismo 2006 m. vasario 9 d. sprendimas byloje). SA atveju, panašu, kad programinės įrangos kontrolė tikėtinai išliks gamintojo „rankose“; gamintojas ją atnaujins, taisys klaidas, nors gamyba bus pasibaigusi ir produktas bus perduotas. Todėl svarstoma, ar išleidimo į apyvartą momentas programinės įrangos defektams galėtų būti taikomas nuo programinės įrangos atnaujinimo, ar nuo pardavimo? Autorių nuomone, ši problemą klausimą derėtų aiškinti atsižvelgiant į pagrindinį Direktyvos 85/374/EEB tikslą – vartotojų apsaugą. Todėl ir programinės įrangos defekto atveju išleidimo į apyvartą laiką reikėtų sieti su programinės įrangos atnaujinimu, aplinkybe, kad gamintojas kontrolę programinei įrangai išlaikys ir po produkto pardavimo.

Mokslo ir technikos žinių būklės testas turėtų būti atliekamas atsispiriant nuo išleidimo į apyvartą laiko. Kilus autoįvykiui, gamintojas turėtų įrodyti, kad defektas negalėjo objektyviai būti atrastas dar prieš produkto išleidimą, nes to neleido mokslo ir technikos išsivystymo lygis. Esant bent menkai mokslinio atrandamumo galimybei, pvz., moksliniame straipsnyje, pasaulinėje praktikoje, gamintojas už netinkamą kokybę atsakytų. Tačiau, jei defektas būtų atrastas po išleidimo, laikui bėgant kokybės reikalavimai pakistų, į rinką būtų paleistas geresnės kokybės produktas, gamintojui atsakomybė nekiltų. Antra vertus, gamintojas vis vien išlaikytų pareigą pritaikyti tos pačios rūšies neparduotą produktą prie standartų, jeigu sužinotų, kad produktas buvo nesaugus. O sužinojęs, kad gaminyje pavojingas, gamintojas privalėtų informuoti apie tai vartotojus, institucijas, pašalinti jį iš rinkos, ir, jei būtina, gaminių susigrąžinti (Direktyva 2001/95/EEB). Antra vertus, gali būti svarstomas konkretesnis gamintojo pareigos atnaujinti programinę įrangą ar pašalinti produkto netobulumus reglamentavimas.

¹² Aptariamas gamintojo atleidimo nuo atsakomybės pagrindas turėtų būti sistemškai aiškinamas su projektavimo defektų nustatymu.

3.3.3.4 Tarpinės išvados netinkamos produktų kokybės

Apibendrinant, gamybos ar informavimo trūkumų, kaip defektų, kategorijos reikalauja mažiau faktinių aplinkybių tyrimo, nes yra aiškesnės, o projektavimo trūkumai – daugiau. Gamybos defekto reguliavimas nereikalauja papildomo teisinio išaiškinimo ar reguliavimo. Informavimas būtų aktualus vartotojo atsakomybei, jei šis nesilaikytų priežiūros taisyklių. Tiriant projektavimo defektus, SA, kuri vairoja programinę įrangą, autoįvykio faktas galimai būtų pakankamas pagrindas pripažinti, kad vartotojų teisėti saugumo lūkesčiai buvo pažeisti, nebent būtų gamintojas įrodęs, kad šis, remiantis mokslo išsivystymo lygiu, negalėjo sukurti saugesnio produkto tuo metu, kai produktas buvo išleistas į apyvartą. Programinės įrangos išleidimo į apyvartą momentas turėtų būti siejamas su programinės įrangos atnaujinimu.

3.4 Atsakomybės už didesnio pavojaus šaltinio padarytą žalą ir gamintojo atsakomybės už netinkamos kokybės produktą palyginimas

Atsakomybės taikymas už didesnio pavojaus šaltinio žalą ir gamintojo atsakomybės už netinkamos kokybės produktą reguliavimas skiriasi. Nors abu institutai priklauso griežtosios atsakomybės doktrinos grupei, tačiau jie turi skirtingą rizikos kilmės, subjektų, nukentėjusiųjų, neteisėtų veiksmų ar žalos sampratą, kuri yra pristatoma lentelėje (žr. 2 lentelė).

2 lentelė. Griežtos atsakomybės normos aktualios savivaldžiams automobiliams

Palyginimas		CK 6.270 str.	CK 6.292–6.230 str.
Rizikos kilmė		Iš valdymo ir naudojimo (aktyvi rizika).	Iš produkto (prekės ir paslaugos) (pasyvi rizika).
Civilinės atsakomybės subjektas		Valdytojas (savininkas arba kitu pagrindu teisėtai SA valdantis ir naudojantis asmuo).	Gamintojas.
Nukentėjusysis		Bet koks asmuo (fizinis ar juridinis).	Tik vartotojas (naudotojas, neapsiribojant produkto įgijėju).
Civilinės atsakomybės sąlygos	Neteisėti veiksmai	Vien žalos faktas suponuoja neteisėtus veiksmus.	Turi būti įrodyta netinkama produkto (gaminio ir paslaugos) kokybė. Produktas – kilnojamas daiktas (gaminys). Paslauga – veikla, kuria tenkinamas konkretus (ne)materialus ar nematerialus vartotojo poreikis.

Palyginimas		CK 6.270 str.	CK 6.292–6.230 str.
	Žala	Turtinė ir neturtinė žala.	Žala sveikatai, gyvybei, turtui, kurio vertė didesnė nei 500 EUR (paslaugai suma netaikoma) ir kuris buvo naudojamas asmeniniams poreikiams tenkinti, išskyrus patį produktą.
	Priežastinis ryšys	Priežastinis ryšys taikomas, Lietuvoje galioja lanksti priežastinio ryšio doktrina. Gaminio trūkumas – pakankama žalos atsiradimo priežastis.	
	Kaltė	Kaltė valdytoji ar gamintoji netaikoma, aktuali nebent esant nukentėjusiojo neteisėtiems veiksams, esant mišriai kaltei.	

Šaltinis: sudaryta autorių, remiantis CK.

Išvados

1. Lietuvos teismų praktikoje baudžiamosiose bylose vyraujanti adekvataus priežastingumo teorija iš dalies būtų nepakankama nustatinėjant priežastinio ryšio pobūdį, kuomet eismo įvykio priežastis būtų savivaldžio automobilio autonominis sprendimas ir jis buvo priimtas eismo situacijoje, kuri iš anksto negalėjo būti numatyta SA kūrėjų. Tokį nepakankamumą sąlygoja ne teorijos trūkumas, bet objektyvi priežastis – duomenų apie SA saugumą nepakankamumas. Kol jis bus, tarp savivaldžio automobilio kūrėjų veiksmų (neveikimo) ir padarinių (pvz., eismo įvykio) priežastinis ryšys tikėtina visuomet bus laikomas būtinuoju. Ateityje, savivaldžiams automobiliams tapus įprasta visuomenės gyvenimo dalimi, ši problema turėtų išnykti, kadangi bus objektyviai įmanoma įvertinti priežastinio ryšio pobūdį.
2. Dabartinė Lietuvos Respublikos baudžiamajame kodekse įtvirtinta nusikalstamo nerūpestingumo koncepcija yra visiškai pakankama siekiant pritaikyti baudžiamąją atsakomybę tais atvejais, kai dėl nepakankamo asmenų rūpestingumo savivaldis automobilis sukelia eismo įvykį. Vien tai, kad žalą sukėlė savivaldžio automobilio autonominis sprendimas, dar nereiškia, kad asmenys galės išvengti baudžiamosios atsakomybės dėl kaltės jų veiksmuose nebuvimo. Tokiais atvejais atsakomybė galėtų būti taikoma, jeigu būtų įrodyta, kad savivaldžio automobilio kūrėjai naudotojai ar kiti asmenys, atsižvelgiant į jų asmenines savybes, nesiėmė pakankamų atsargumo priemonių savivaldžio automobilio gamybos, programavimo, testavimo, stebėjimo ir naudojimo procesuose.
3. Civilinę atsakomybę už savivaldžio automobilio sukeltą žalą reguliuoja skirtingi – didesnio pavojaus šaltinio valdytojo ir netinkamos kokybės produkto ga-

mintojų – institutai, kurių tikslai ir funkcijos skiriasi, todėl netikslinga kelti vien valdytojų ar gamintojų atsakomybės klausimą.

- 3.1. Savivaldžiui automobiliui sukėlus žalą, atsakomybė kiltų jo valdytojui (savininkui, nuomininkui, etc.), kuris didesnio pavojaus šaltinį teisėtai valdo ir faktiškai naudoja, gaudamas iš jo naudą. Tuo tarpu atsakomybė už *savivaldžio uberio* sukeltą žalą būtų taikoma šio automobilio nuomotojui (verslui), kadangi vairavimo paslaugos teikimas apima ir savivaldžio automobilio programinės įrangos veiksmus.
- 3.2. Žalai kilus dėl savivaldžio automobilio netinkamos kokybės, atsakomybė būtų taikoma gamintojui. Daugiausiai teisės aiškinimo ir taikymo reikalautų projektavimo defektų grupė. Gali būti manoma, kad savivaldžio automobilio, kurį vairuoja programinė įranga, autoįvykio faktas dėl programinės įrangos spragų yra pakankamas pagrindas pripažinti, kad teisėti vartotojų saugumo lūkesčiai buvo pažeisti, nebent, būtų įrodyta, kad produkto išleidimo į apyvartą metu gamintojas negalėjo sukurti saugesnio produkto. Šis momentas turėtų būti siejamas su programinės įrangos atnaujinimu.
4. Nors civilinę ir baudžiamąją atsakomybę reglamentuojančiuose teisės aktuose į savivaldžio automobilio specifiką tiesiogiai neatsižvelgiama, tačiau atsakomybės taikymui aktualios normos gali būti išaiškintos. Todėl dabartinis teisinis reguliavimas yra pakankamas.

Šaltinių sąrašas

Teisės norminiai aktai

Tarptautiniai

1. Kelių eismo konvencija (1968). Valstybės žinios, 2002, 2–54.

Regioniniai

2. Europos Parlamento ir Tarybos 2001 m. gruodžio 3 d. direktyva 2001/95/EB dėl bendros gaminių saugos. OL L 11, p. 4.
3. Europos Bendrijų Tarybos 1985 m. liepos 25 d. direktyva dėl valstybių narių įstatymų ir kitų teisės aktų, reglamentuojančių atsakomybę už gaminius su trūkumais, derinimo (85/374/EEB). OL L 210, p.29

Nacionaliniai

4. Lietuvos Respublikos saugaus eismo automobilių keliais įstatymas (2000). *Valstybės žinios*, 92–2883.
5. Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (2000). *Valstybės žinios*, 74–2262.
6. Lietuvos Respublikos baudžiamasis kodeksas (2000). *Valstybės žinios*, 89–2741.
7. Lietuvos Respublikos produktų saugos įstatymas (1999). *Valstybės žinios*, 52-1673.

8. Lietuvos Respublikos susisiekimo ministro 2018 sausio 10 d. įsakymas Nr. 3–11 „Dėl savivaldžių automobilių bandymų ir dalyvavimo viešajame eisme sąlygų ir tvarkos aprašo patvirtinimo“. TAR, 379.

Užsienio

9. State of Arizona, Governor Douglas A. Ducey, Executive Order 2018–04 „Advanced Autonomous Vehicle Testing and Operating; Prioritizing Public Safety“, [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://apps.azdot.gov/files/sitefinity-files/Executive-Order-2018-04.pdf> [žiūrėta 2021 m. kovo 2 d.].

Specialioji literatūra

10. Abramavičius, A. ir Mikelėnas, V. (2010). *Autotransporto priemonių valdytojų teisinė atsakomybė*. Vilnius: Registrų centras.
11. Bertolini, A. (2020). *Artificial Intelligence and Civil Liability*, [interaktyvus], Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate–General for Internal Policies, Prieiga per internetą <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf) [žiūrėta 2020 m. vasario 20 d.].
12. Butterfield, A., Ngondi, G. E., Kerr, A. A *Dictionary of Computer Science*. New York: Oxford University Press, 2016.
13. Ginkutė, L., Siavris, M. (2017). *Atviros Vyrtausybės iniciatyvos „Savivaldžių transporto priemonių eksploatavimas Lietuvos keliuose, atsižvelgiant į investuotojo ir vartotojo poreikius“ teminio tyrimo „Ko reikia Lietuvai norint sukurti patrauklią investuotojui ir saugią vartotojui savivaldžių automobilių ir jų įrangos ekosistemą?“ ataskaita*, [interaktyvus], VšĮ „Investuok Lietuvoje“, Prieiga per internetą: <http://kurklt.lt/wp-content/uploads/2017/04/Teminio-tyrimo-ataskaita-L.Ginkute%20C4%97-M.Siavris.pdf> [žiūrėta 2021 m. vasario 26 d.].
14. Gless, S., Silverman, E., Weigend, T. (2016). *If Robots Cause Harm, Who Is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability*. New Criminal Law Review., Vol 19, No. 3, 412–436.
15. Heidt, K. R. (1990). *Corrective Justice From Aristotle To Second Order Liability: Who Should Pay When The Culpable Cannot?* Washington and Lee Law Review 2(47). [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1936&context=wlulr>> [žiūrėta 2020 m. vasario 20 d.].
16. HODGES, C J. S. (1993). *Product Liability: European Laws and Practise*. London: Sweet & Maxwell.
17. Mikelėnas, V. (1995). *Civilinės atsakomybės problemos: lyginamieji aspektai*. Vilnius: Justitia.
18. Mitkevičius, V. (2016). Autonominiai automobiliai – šiandienos teisiniai iššūkiai rytojui. *Teisė*, 101, 126–144.
19. Mockevičius, P. (2020). *Dirbtinis intelektas ir autorių teisė*. Magistro darbas, socialiniai mokslai, teisė (01S), Vilniaus universitetas. [interaktyvus] Prieiga per internetą: [<https://publications.vu.lt/object/elaba:69376139/MAIN>] [žiūrėta 2021 m. vasario 23 d.].
20. Patti, F. P. (2019). Autonomous Vehicles' Liability: Need for Change? Iš: De Franceschi, A., Schulze, R. (sud) (2019). *Digital Revolution – New Challenges for Law*. Miunchenas: Kösel GmbH & Co. KG.

21. Piesliakas, V. (2006). Priežastinis ryšys tarp pavojingos veikos ir baudžiamajame įstatyme numatytų padarinių ir jo nustatymas teismų praktikoje. *Jurisprudencija*, 7(85), 7-15.
22. Posner, R.A. (2004). *Jurisprudencijos problemos*. Vilnius: Eugrimas.
23. Posner, R. A. (1992). *Economic Analysis of Law 4th ed.*, Boston: Little Brown and Company.
24. Švedas, G. ir kt. (2019). *Lietuvos baudžiamoji teisė. Bendroji dalis. I knyga*. Vilniaus universiteto vadovėlis. Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla.
25. Teismų praktikos kelių transporto eismo saugumo ar transporto priemonių eksploatavimo taisyklių pažeidimo (Baudžiamojo kodekso 281 straipsnis) baudžiamosiose bylose apžvalga (2009). *Teismų praktika*, Nr. 30.
26. Valainytė, V. (2007). *Gamintojo civilinės atsakomybės už netinkamos kokybės produktais padarytą žalą taikymo sąlygos*. Magistro darbas, socialiniai mokslai, teisė (01S), Vilniaus universitetas. Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla, 33–35 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://epublications.vu.lt/object/elaba:2005034/2005034.pdf> [žiūrėta 2021 m. vasario 14 d.].
27. Wessels, J. (2003). Baudžiamoji teisė. Bendroji dalis. Baudžiamoji veika ir jos struktūra. Vertė A. Abramavičius, G. Goda. Vilnius: Eugrimas.

Teismų praktika

Europos Sąjungos Teisingumo Teismo praktika

28. Europos Teisingumo Teismo 2006 m. vasario 9 d. sprendimas byloje C–127/04, Declan O’Byrne v. Sanofi Pasteur MSD Ltd, formerly Aventis Pasteur MSD Ltd, Sanofi Pasteur SA, formerly Aventis Pasteur SA.

Lietuvos teismų praktika

29. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2019 m. gruodžio 18 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 2K–327–495/2019.
30. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2019 m. balandžio 25 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 2K–78–511/2019.
31. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017 m. sausio 5 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 2K–35–895/2017.
32. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011 m. lapkričio 18 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K–3–446/2011.
33. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2006 m. rugsėjo 19 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 2K–563/2006.
34. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2000 m. kovo 9 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K–7–233/2000.

Kiti šaltiniai

35. Arstechnika.com. *Uber escapes criminal charges for 2018 self-driving death in Arizona*. [interaktyvus] (modifikuota 2019–03–06) Prieiga per internetą: <https://arstechnica.com/cars/2019/03/arizona-prosecutor-wont-charge-uber-for-2018-self-driving-death/> [žiūrėta 2021 m. vasario 5 d.].

36. Arstechnica.com. *Waymo finally launches an actual public, driverless taxi service*. [interaktyvus] (modifikuota 2020-09-10) Prieiga per internetą: <https://arstechnica.com/cars/2020/10/waymo-finally-launches-an-actual-public-driverless-taxi-service/> [žiūrėta 2021 m. vasario 20 d.].
37. Bbc.com. *Uber's self-driving operator charged over fatal crash*. [interaktyvus] (modifikuota 2020-09-16). Prieiga per internetą: <https://www.bbc.com/news/technology-54175359> [žiūrėta 2021 m. vasario 3 d.].
38. European Committee on Crime Problems. *Feasibility Study on a Future Council of Europe Instrumento n Artificial Intelligence and Criminal Law*, CDPC(2020)3Rev. [interaktyvus] (modifikuota 2020-09-04). Prieiga per internetą: <https://rm.coe.int/cdpc-2020-3-feasibility-study-of-a-future-instrument-on-ai-and-crimina/16809f9b60> [žiūrėta 2020 m. gruodžio 12 d.].
39. European Committee on Crime Problems. *Concept Paper*, CDPC(2018)14Rev. [interaktyvus] (modifikuota 2018-10-16). Prieiga per internetą: <https://rm.coe.int/cdpc-2018-14rev-artificial-intelligence-and-criminal-law-project-2018-/16808e64ad> [žiūrėta 2021 m. kovo 2 d.].
40. Europos Parlamento rezoliucija su rekomendacijomis Komisijai 2017 m. vasario 16 d. (2015/2103(INL)) dėl robotikai taikomų civilinės teisės nuostatų. OJ C, 252, p.239.
41. Lingeti, K. (2019). *Artificial Intelligence and Criminal Justice*. AIDP-IAPL International Congress of Penal Law. [interaktyvus] (modifikuota 2019-11-08) Prieiga per internetą: http://www.penal.org/sites/default/files/Concept%20Paper_AI%20and%20Criminal%20Justice_Ligeti.pdf [žiūrėta 2021-03-02].
42. Sae.org. *Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles*. [interaktyvus] (modifikuota 2018-06-15) Prieiga per internetą: https://www.sae.org/standards/content/j3016_201806/ [žiūrėta 2021 m. vasario 20 d.].
43. Theguardian.com. *Self-driving Uber kills Arizona woman in first fatal crash involving pedestrian*. [interaktyvus] (modifikuota 2018-03-19). Prieiga per internetą: <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/19/uber-self-driving-car-kills-woman-arizona-tempe> [žiūrėta 2021 m. vasario 13 d.].
44. Theverge.com. *Waymo is first to put fully self-driving cars on US roads without a safety driver*. [interaktyvus] (modifikuota 2017-11-07). Prieiga per internetą: <https://www.theverge.com/2017/11/7/16615290/waymo-self-driving-safety-driver-chandler-autonomous/> [žiūrėta 2021 m. kovo 2 d.].

CIVILINĖ IR BAUDŽIAMOJI ATSAKOMYBĖ UŽ SAVIVALDŽIŲ AUTOMOBILIŲ SUKELTĄ ŽALĄ

Santrauka

Moksle kyla diskusijos, ar dabartinis teisinis reguliavimas bus pakankamas, kuomet viešajame eisme paplis savivaldžiai automobiliai. Todėl darbe siekiama įvertinti, ar dabartinis baudžiamosios ir civilinės atsakomybės teisinis reguliavimas Lietuvoje bus tam pakankamas. Dalyje apie baudžiamąją atsakomybę analizuojami du problemiškesni - priežastinio ryšio ir nusikalstamo nerūpestingumo - klausimai. Civilinės atsakomybės dalyje analizuojamos su vartotojais susijusios valdytojo, netinkamos kokybės, gamintojo atsakomybės problemos. Darbo autoriai prieina prie išvados, kad dabartis reguliavimas nesukurs teisinės atsakomybės vakuumo.

CIVIL AND CRIMINAL LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY SELF-DRIVING CARS

Summary

There is a debate in science as to whether the current legal regulation will be sufficient when self-driving cars become available in public traffic. Therefore, the aim of the work is to assess whether the current legal regulation of criminal and civil liability in Lithuania will be sufficient for this. The section on criminal liability analyses the two most problematic issues - causation and criminal negligence. The civil liability part analyses the consumer-related problems of car-control, inadequate quality, producer liability. The authors of the paper conclude that the current regulation will not create the gap of liability.

KODĖL ADMINISTRACINIAM PROCESUI (NE)REIKALINGA KASACIJA?

Deividas Jokšas, Erika Katiševskaja

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto

4-o kurso teisės studentai

Saulėtekio al. 9, I rūmai, 10222 Vilnius

El. paštas: erika.katisevskaja@gmail.com; deividas.joksas@outlook.com

Mokslinio straipsnio akademinė kuratorė prof. dr. J. Paužaitė-Kulvinskienė

El. paštas: jurgita.pauzaite@tf.vu.lt

Mokslinio straipsnio praktinė kuratorė Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo teisėja Veslava Ruskan

El. paštas: v.ruskan@lvat.lt

Straipsnyje analizuojama administracinių teismų sistema, jos privalumai, trūkumai bei patobulinimai.

The article analyses the system of administrative courts, its advantages, disadvantages and possible improvements.

Įvadas

Administracinių teismų steigimui Lietuvoje pamatus padėjo Lietuvos Respublikos Konstitucija (toliau – Konstitucija). Konstitucijos 111 str. numatyta, kad administracinių, darbo, šeimos ir kitų kategorijų byloms nagrinėti gali būti įsteigti specializuoti teismai. Tačiau Konstitucijoje buvo numatyta teisė, bet ne pareiga įsteigti specializuotus administracinius teismus (Lietuvos Respublikos Konstitucija, 1992).

Žinoma, Lietuva šia teise pasinaudojo ir nuo 1999 m. pradėjo veikti administracinių teismų sistema. Įkūrusi administracinių teismų sistemą, Lietuva pademonstravo siekį stiprinti viešosios administracijos kontrolę, įgyvendinti konstitucinę nuostatą, kad valdžios įstaigos turi tarnauti žmonėms (Regionų apygardos administracinis teismas...). 2001 m. sausio 1 d. įsigaliojus Lietuvos Respublikos administracinių teismų įsteigimo įstatymo pakeitimams buvo įtvirtinta administracinių teismų sistema (Lietuvos Respublikos administracinių teismų įsteigimo..., 2000). Kitaip nei bendrosios kompetencijos teismų sistema, administracinių teismų sistema yra dvipakopė. Administracinės siste-

mos specifiškumas lemia ir tai, jog administracinėse bylose nėra kasacinės instancijos. Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (toliau – LVAT) yra apeliacinės ir galutinės instancijos teismas, kuris nagrinėja tiek teisės, tiek fakto klausimus. Svarbu ir tai, jog LVAT, kaip ir Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (toliau – LAT), atlieka teismų praktikos vienodinimo funkciją.

Dėl ypatingos LVAT padėties reikalingas toks administracinio proceso reglamentavimas, kuris užtikrintų operatyvų ir veiksmingą bylų nagrinėjimą. Administracinio proceso reglamentavimas yra įtvirtintas Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatyme (toliau – ABTĮ) (Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymas, 1999), tačiau atsižvelgiant į tai, jog LVAT susiduria su tam tikromis problemomis, susijusiomis su neproporcingu darbo krūviu dėl didelio bylų srauto, šio įstatymo nuostatų koregavimas yra neišvengiamas. Gintaro Kryževičiaus teigimu, nors žvelgdami į praėjusius metus galime pasidžiaugti vis didėjančiu visuomenės teisiniu sąmoningumu ir siekiu ginti savo teises LVAT, tai neabejotinai tampa iššūkiu dėl apeliacinių skundų srautų, tačiau toks procesinis aktyvumas suteikia ir galimybę plėtoti esamą ir formuoti naują reikšmingą praktiką vis didesne įvairove pagal ginčų pobūdį pasižyminčiose administracinės justicijos bylose (Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas..., 2019).

Administracinio proceso tobulinimas yra ypač svarbus ir šiomis dienomis. Po kurio laiko atgaivinamos diskusijos dėl galimų sprendimo būdų apeliacinių skundų srautams suvaldyti, formuojami nauji pasiūlymai, kurių realizavimas padėtų spręsti minėtas problemas. Vienas tokių – bylų patekimo į LVAT ribojimas. Šis būdas yra ne vienintelis, tačiau vienas svarbiausių ir aktualiausių šiais metais, todėl be abejonės kyla poreikis pradėti svarstyti kaip tinkamai, nepažeidžiant asmenų teisių ir teisėtų interesų, įtvirtinti reformas, padėsiančias eiti užsitiesusių problemų sprendimo keliu.

Taigi šio darbo **tikslas** – ištirti, ar dabartinis administracinių teismų sistemos modelis yra efektyvus bei veiksmingas, o jei ne – indikuoti galimas jo tobulinimo alternatyvas. Mokslinio straipsnio **objektas** – administracinių teismų sistema.

Darbo **aktualumą** lemia tai, jog administraciniai teismai buvo įsteigti vėliau nei bendrosios kompetencijos teismai pasirenkant kitokį teismų sistemos modelį – dvipakopį vietoj tradicinio ir bendrosios kompetencijos teismuose įprasto triapakopio. Dvipakopis teismų sistemos modelis turi savų pranašumų, teigiama, jog tai padeda užtikrinti efektyvią, greitą pažeistų teisių gynybą, sumažina bylinėjimosi išlaidas, tačiau tuo pačiu galima pastebėti dvipakopės teismų sistemos trūkumus, kaip, pavyzdžiui, didesnis darbo krūvis teismams, nagrinėjantiems bylas. Be to, pastaraisiais metais pagausėjo diskusijų dėl galimybės riboti apeliacinių skundų padavimą administraciniuose teismuose, kas reikštų, jog tam tikrais atvejais asmenys teismine gynymą galėtų pasinaudoti tik vieną kartą ir neturėtų galimybės skųsti tam tikrų teismo sprendimų, o tokia situacija natūraliai kelia klausimą dėl asmens teisės kreiptis į teismą – ar ši teisė nebūtų pažeista?

Darbe taikyti analizės, lyginamasis, lingvistinis, sisteminis **metodai**. Lingvistinis metodas padeda ištirti darbu aktualius teisės šaltinius. Sisteminis metodas taikomas atskleisti teisės aktų turinį, straipsnių prasmę bei jų ryšį su teismų praktika. Lyginamuoju metodu gretinta skirtingos kompetencijos teismų statistika. Analizės metodu vertinta dvipakopė administracinių teismų struktūra, jos privalumai, trūkumai bei galimos tobulinimo alternatyvos.

Darbo **originalumą** lemia tai, jog pastaraisiais metais vykusios diskusijos dėl ribotos apeliacijos įvedimo administraciniuose teismuose iškelia klausimą, jei vis dėlto ribota apeliacija būtų įtvirtinta, ar tai nepažeistų asmenų teisės kreiptis į teismą, teisės į teisminę gynybą? O gal dabartinis administracinių teismų modelis funkcionuoja kuo puikiausiai ir neverta jo modifikuoti? Būtent šie aspektai ir bus analizuojami šiame straipsnyje.

Darbu išskirtinai reikšmingi šie šaltiniai: Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija, Europos Žmogaus Teisių Teismo praktika, Lietuvos Aukščiausiojo Teismo praktika, Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo praktika.

1. Teisė kreiptis į teismą – minimalus standartas

Asmens teisė kreiptis į teismą - vienas iš kertinių akmenų, sudarančių demokratiškus, teisinių valstybių pamatą. Galimybė kreiptis į teismą yra būtina ir neatsiejama sąlyga užtikrinant bei įgyvendinant žmonių teises ir laisves – priešingu atveju teisės aktai, *inter alia* Konstitucija, būtų ne kas kita, kaip deklaratyvaus pobūdžio „ant popieriaus“ gražiai skambančių teiginių krūva, kurie savo svarba prilygtų vakarykštėms naujienoms, t. y. būtų bereikšmiai. Kitaip tariant, ši teisė yra būtina garantuojant visuotinai pripažintą bendrąją teisės principą *ubi ius, ibi remedium* – jei yra kokia nors teisė, turi būti ir jos gynimo priemonė.

Šio instituto svarba Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo (toliau – Konstitucinis Teismas) praktikoje plėtojama bei pažymima jau ne vieną dešimtmetį. Konstitucinis Teismas yra pažymėjęs, jog teisė kreiptis į teismą yra esminis asmens teisių ir laisvių konstitucinio instituto elementas (Lietuvos Respublikos Konstitucinio teismo 2000 m. Birželio 30 d. nutarimas), šių teisių garantija (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2002 m. liepos 2 d. nutarimas), kuri garantuojama kiekvienam (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2015 m. lapkričio 19 d. nutarimas), viena iš svarbiausių teisinės valstybės vertybių (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2003 m. kovo 4 d. nutarimas), būtina teisingumo įgyvendinimo sąlyga, konstitucinio teisinės valstybės principo elementas (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. sausio 16 d. nutarimas). Atsižvelgiant į minėtą nelieta jokių abejonių dėl šio instituto išskirtinės padėties bei reikšmės valstybėje. Tačiau natūraliai kyla klausimas, kodėl šis ekstraordinarinės svarbos institutas toje pačioje valstybėje gali turėti net kelis pasireiškimų būdus, t. y. kodėl šis institutas skirtingos kompetencijos teismuose

gali būti skirtingos apimtys – neturėti tam tikrų instancijų arba turėti papildomus barjerus, kuriuos reikia „peršokti“ norint pasinaudoti šia teise? Galbūt tam tikros instancijos yra perteklinės, o gal atvirkščiai – mūsų teismų sistemoje trūksta tam tikros grandies teismų? Atsakymus į šiuos klausimus galima rasti tiek nacionalinėje, tiek ir tarptautinių teismų praktikoje.

Konstitucinis Teismas, aiškindamas Konstitucijos 30 str. 1 d., yra nurodęs, jog Lietuvoje, kaip teisinėje valstybėje, kiekvienam turi būti užtikrinta galimybė savo teises ginti teisme tiek nuo kitų asmenų, tiek nuo neteisėtų valstybės institucijų ar pareigūnų veiksmų (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. sausio 16 d. nutarimas). Be to, Konstitucinis Teismas taip pat yra pažymėjęs, jog ši teisė yra absoliuti ir negali būti dirbtinai varžoma, negali būti nepagrįstai apsunkinamas jos įgyvendinimas, o visus ginčus dėl asmens teisių ir laisvių turi būti galima spręsti teisme (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2013 m. liepos 5 d. nutarimas). Tačiau, kaip žinia, teismų sistema Lietuvoje sudaro ne vienos ir net ne dviejų grandžių teismai, be to, negalima pamiršti, jog tam tikriems ginčams yra nustatyta privaloma ikiteisminė ginčų nagrinėjimo tvarka. Todėl svarbu išsiaiškinti, ar teisė kreiptis į teismą apima bylos kelią per visas teismų instancijas, ar bylos kelionė gali pasibaigti jau pirmojoje instancijoje?

Kaip jau buvo minėta, Konstitucinis Teismas yra nurodęs, jog teisė kreiptis į teismą yra absoliuti. Tačiau nereikėtų šio Konstitucinio Teismo išaiškinimo suprasti per siaurai, kad, pavyzdžiui, bet kas, bet kada ir dėl bet ko gali kreiptis į teismą (Vėlyvis, Abromavičienė, 2006, p.124). Pats Konstitucinis Teismas yra konstatavęs, jog įstatymų leidėjas gali nustatyti tokį teisinį reguliavimą, kuris nustatytų šios teisės įgyvendinimo tvarką, sąlygas, terminus, įgyvendinimo būdus (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2013 m. liepos 5 d. nutarimas). Tad remiantis vien šiuo išaiškinimu galima aiškiai matyti, jog jei įstatymų leidėjas gali nustatyti šios teisės įgyvendinimo sąlygas, terminus, reiškia asmuo, kuris neįgyvendins ar neatitiks nustatytų sąlygų, ar praleis nustatytus terminus, negalės šią teisę pasinaudoti. Taigi, galima teigti, jog net teisės kreiptis į teismą absoliutumas nebūtinai reiškia, jog asmuo bet kada gali turėti lūkestį, kad jo byla bus nagrinėjama teisme.

Be to, kaip kad nėra garantuojama, jog visais atvejais ginčas pasieks teismą ir bus jame išnagrinėtas, taip ir nėra būtina, jog byla, pasiekusi teismą, turėtų galimybę pereiti per visas teisminės sistemos instancijas. Konstitucinis Teismas ne viename nutarime yra pažymėjęs, jog turi būti nustatytas toks teisinis reglamentavimas, kuris suteikia galimybę teismo baigiamąjį aktą apskūsti bent vienos aukštesnės instancijos teismui (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. sausio 16 d. nutarimas byloje). Be to, įstatymas turi nustatyti ne vien tik proceso šalies teisę apskūsti pirmosios instancijos teismo baigiamąjį aktą, bet ir nustatyti tokią apskundimo tvarką, kuri užtikrins galimybę aukštesnės instancijos teismui ištaisyti galimas pirmosios instancijos teismo klaidas (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. rugsėjo 21 d. nutarimas). Kitaip tariant, Konstitucinis Teismas nurodo, jog minimalus standartas, kuris reikalingas tei-

sei į teisminę gynybą užtikrinti, yra būtent galimybė bent vieną kartą apskųsti teismo sprendimą, t. y. turi būti numatyta bent apeliacijos teisė.

Gal iš pirmo žvilgsnio ir atrodytu kiek neįprasta, jog tam, kad būtų garantuota ir nepažeista asmens teisė į teisminę gynybą, pakanka sudaryti galimybę pasinaudoti vien apeliacijos teise, kai atitinkamai šalia egzistuoja kasacijos institutas, tačiau tai anaip-tol nėra kažkokia anomalija ar Lietuvos teisminės sistemos keistenybė lyginant su kitų valstybių teisminėmis sistemomis. Priešingai – kaip galima įsitikinti iš Europos Žmo-gaus Teisių Teismo (toliau – EŽTT) praktikos, mūsų Konstitucinio Teismo nustatytas standartas yra aukštesnis nei EŽTT reikalaujamas.

Kaip žinia, asmens teisę į teisminę gynybą garantuoja ne tik Konstitucija, bet ir Eu-ropos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos (toliau – EŽTK) 6 str. EŽTT savo praktikoje yra pasisakęs, jog EŽTK 6 str. įtvirtinta teisė į tai, kad ginčą na-grinėtų nešališkas ir nepriklausomas teismas apima ir asmens teisę kiekvieną ginčą dėl savo civilinių teisių ar pareigų nagrinėti teisme, t. y. apima ir teisę į teismą (Europos Žmogaus Teisių Teismo 2010 m. kovo 23 d. sprendimas byloje). Nėgana to, EŽTT vie-name iš savo sprendimų plečiamai išaiškino EŽTK 6 str. 1 d., kurioje kalbama tik apie civilinio ir baudžiamojo pobūdžio klausimus, ir konstatavo, jog tam, kad teisė į teismą būtų efektyvi, asmeniui yra būtina užtikrinti realią galimybę ginčyti **bet kokį aktą**, susi-jusį su jo teisėmis (Europos Žmogaus Teisių Teismo 1995 m. gruodžio 4 d. sprendimas byloje), t. y. neapsiribojama vien iš civilinės ar baudžiamosios teisės kylančiais ginčiais, o tai sudaro prielaidas teigti, jog ir dėl iš administracinės teisės kylančių ginčų asmuo turi turėti galimybę kreiptis į teismą.

Kaip buvo minėta, Konstitucinio Teismo nustatytas teisės į teismą standartą apima galimybė teismo sprendimą apskųsti bent vieną kartą – tai aukštesnis standartas nei tas, kurį nustato EŽTT. EŽTT ne viename savo sprendime yra pabrėžęs, jog EŽTK 6 str. ne-įpareigoja valstybių narių steigti apeliacinės ar net kasacinės instancijos teismų (Euro-pos Žmogaus Teisių Teismo 2001 m. rugsėjo 5 d. sprendimas byloje, Europos Žmogaus Teisių Teismo 2009 vasario 18 d. sprendimas byloje, Europos Žmogaus Teisių Teismo 2018 m. balandžio 5 d. sprendimas byloje). Taigi, toks EŽTK 6 str. išaiškinimas reiškia, kad teisei į teismą užtikrinti pakanka sudaryti galimybes kreiptis į teismą vieną kartą, t. y. apeliacija, ar juo labiau kasacija, nėra būtina šiai teisei užtikrinti. EŽTT taip pat yra konstatavęs, jog teisė kreiptis į teismą nėra absoliuti – ji gali būti ribojama, tačiau tokie ribojimai neturi paneigti šios teisės esmės (Europos Žmogaus Teisių Teismo 1992 m. gruodžio 16 d. sprendimas byloje). Kaip yra išskiriama, tam, jog šie ribojimai nepa-neigtų EŽTK 6 str., jie turi atitikti tam tikrus kriterijus, pavyzdžiui, ribojimais turi būti siekiama pateisinamo tikslo bei jie turi būti proporcingi šiam tikslui pasiekti (Europos Žmogaus Teisių Teismo 2018 m. kovo 15 d. sprendimas byloje). Pagal EŽTT praktiką, tokie pateisinami teisės į teismą ribojimai, pavyzdžiui, galėtų būti ieškinio senaties ter-mino nustatymas (Europos Žmogaus Teisių Teismo 2020 m. birželio 13 d. sprendimas byloje), privalomas ikiteisminis ginčų nagrinėjimas (Europos Žmogaus Teisių Teismo

2015 m. birželio 26 d. sprendimas byloje), ar reikalavimas turėti atstovą (Europos Žmogaus Teisių Teismo 2013 m. sausio 9 d. sprendimas byloje).

Remiantis minėtu galima teigti, jog Konstitucinis Teismas teisei į teismą yra iškėlęs aukštesnę kartelę nei EŽTT nustatytoji – asmeniui turi būti sudaryta galimybė pasinaudoti apeliacijos teise, kai tuo tarpu EŽTT nereikalauja garantuoti nei apeliacijos, nei kasacijos. Tačiau tiek pagal Konstitucinio Teismo, tiek pagal EŽTT praktiką yra pripažįstama, jog gali būti nustatomi ribojimai pasinaudoti šia teise, tačiau jie neturi paneigti šios teisės esmės.

2. Administraciniai teismai: Lietuvos ir užsienio valstybių sistemos

Dauguma Europos Sąjungos valstybių šiai dienai yra įsteigusios savarankiškus administracinius teismus ar administracinių teismų sistemas. Kai kurios šių valstybių yra pasirinkusios tokią teismų sistemą, kuomet savarankiškas administracinis teismas veikia tik kaip žemesnės instancijos teismas, arba atvirkščiai – tik kaip aukščiausiasis administracinis teismas. Argumentai, kurie pagrįstų šių teisminės kontrolės sistemų privalumus ir trūkumus gali būti įvairūs, tačiau remiantis konkrečios valstybės sukaupta patirtimi, šis klausimas sprendžiamas valstybės viduje.

Tiek Lietuvoje, tiek daugelyje kitų užsienio valstybių veikiančios bendrosios kompetencijos teismų sistemos paprastai apima tris teismų pakopas t. y. pirmoji instancija, apeliacinė instancija, kasacinė instancija. Valstybėse, kuriose veikia specializuoti administraciniai teismai, gali būti taikoma tiek tripakopė, tiek dvipakopė administracinių teismų sistema. Būtent Lietuvoje pirmąją instanciją administracines bylas nagrinėja apygardų administraciniai teismai, o LVAT yra apeliacinė instancija šių teismų sprendimams. Taigi Lietuvoje, priešingai nei bendrosios kompetencijos, administracinių teismų sistema yra dvipakopė, t. y. administracinėms byloms nėra kasacinės instancijos, o LVAT yra apeliacinės instancijos teismas, kuris nagrinėja tiek teisės, tiek fakto klausimus. Kaip galutinė instancija šis teismas formuoja vienodą administracinių teismų praktiką aiškinant ir taikant įstatymus.

Žvelgiant į kitas Europos Sąjungos valstybes galima išskirti tai, jog daugelyje valstybių vyrauja dvipakopė administracinių teismų sistema. Svarbu pažymėti, kad valstybėse, kurios pasirinko dvipakopę administracinių teismų sistemą, skirtingai reglamentuojamas procesas antrojoje administracinių teismų instancijoje, t. y. tam tikrose valstybėse aukščiausios instancijos administraciniai teismai (antrosios instancijos), kitaip nei Lietuvoje, gali būti kasaciniai (Belgija, Bulgarija, Lenkija, Čekija). Antai Belgijoje aukščiausia instancija administracines bylas nagrinėja Valstybės Taryba (pranc. *Conseil d'État*). Nors Valstybės Taryba yra ir patariamoji institucija teisėkūros ir įstatymų numatytais klausimais, ji taip pat yra teismas, kuris antroje instancijoje nagrinėja skundus dėl žemesnės instancijos administracinių teismų sprendimų veikdamas kaip kasacinis teismas

(The Council of State of Belgium..., 2018). Bulgarijos administracinių teismų sistemą sudaro pirmosios instancijos teismai ir Bulgarijos vyriausiasis administracinis teismas (bulg. *Varhoven administrativen sad*), kuris apima visą šalies teritoriją ir veikia kaip antros instancijos teismas, atliekantis kasacinio teismo funkciją (Beinoravičius *et al.*, 2012, p. 142-143). Lenkijoje pirmąją instanciją administracines bylas nagrinėja vaivadijų administraciniai teismai (lenk. *wojewódzkie sądy administracyjne*). Lenkijos vyriausiasis administracinis teismas (lenk. *Naczelny Sąd Administracyjny*) taip pat yra antrosios instancijos teismas, atliekantis kasacinio teismo funkciją (Deviatnikovaitė, 2017, p. 366). Tai reiškia, jog šis teismas, kaip antrosios instancijos teismas, nagrinėja kasacinius skundus bei skundus dėl žemesnės instancijos administracinių teismų priimtų nutarimų ar nutarčių, kaip aukščiausias administracinių teismų organas vienodina administracinių teismų praktiką bei kaip pirmos instancijos teismas nagrinėja jam įstatymu priskirtas bylas (Deviatnikovaitė, 2017, p. 374). Italijoje taip pat veikia Valstybės Taryba (it. *Consiglio di Stato*). Tai administracinio teisingumo organas, apeliacine instancija nagrinėjantis pirmos instancijos teismų sprendimus t. y. regioninių administracinių teismų (it. *Tribunale Amministrativo Regionale*) (The functions of Administrative Justice...). Austrijoje administracinių institucijų priimti aktai gali būti ginčijami pateikiant skundą administraciniam teismui (federaliniam arba žemės). Kaip aukščiausia instancija administracinėms byloms veikia Federalinis administracinis teismas (vok. *Verwaltungsgerichtshof*) (Specializuoti teismai...). Suomijoje pirmąją instanciją administracines bylas nagrinėja apygardų administraciniai teismai (suom. *hallinto-oikeus*). Aukščiausiasis administracinis teismas (suom. *Korkein hallinto-oikeus*) yra aukščiausia instancija administracinėms byloms (Finnish courts...). Prie dvipakopę administracinių teismų sistemą turinčių valstybių galima priskirti ir Liuksemburgą. Liuksemburgo administracinius teismus sudaro Administracinis teismas (pranc. *Cour administrative*), kuriam galima paduoti apeliacinius skundus dėl Administracinio tribunolo (pranc. *Tribunal administratif*) t. y. pirmos instancijos teismo sprendimų (Administrative jurisdictions...).

Tarp Europos Sąjungos valstybių, pasirinkusių dvipakopę administracinių teismų sistemą, galima išskirti Čekiją ir Nyderlandus. Iš pirmo žvilgsnio gali pasirodyti, jog šiose valstybėse administracinių teismų sistema yra vienpakopė, dėl to, kad administraciniai ginčai nagrinėjami ne išimtinai specializuotuose pirmos instancijos administraciniuose teismuose, bet kartu su bendrosios kompetencijos teismais apygardų teismuose, o antrajai instancijai Čekija ir Nyderlandai turi specializuotus aukščiausiuosius administracinius teismus. Čekijoje apygardų teismai (ček. *krajské soudy*) nagrinėja civilines, baudžiamąsias ir administracines bylas, taip pat skundus dėl administracinių organų, kurie priskirtini teismų teritorinei kompetencijai, o Aukščiausiasis administracinis teismas (ček. *Nejvyšší správní soud*) yra aukščiausiosios instancijos teismas administracinėms byloms nagrinėti t. y. kasacinis teismas, užtikrinantis vienodą administracinių teismų praktiką ir sprendimų teisėtumą (Deviatnikovaitė, 2017, p. 252-253). Pažymėtina, kad Čekijos Aukščiausiasis administracinis teismas, nors yra antra teis-

minė instancija, veikia kaip kasacinis teismas, t. y. taip pat, kaip Belgijoje, Bulgarijoje bei Lenkijoje. Nyderlanduose bendrosios kompetencijos apygardos teismai nagrinėja ir administracines bylas, o kaip antroji ir galutinė instancija administracinėms byloms veikia Valstybės Taryba. Valstybės tarybos administracinės jurisdikcijos skyrius (nyd. *Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*) yra apeliacinės ir galutinės instancijos teismas visose administracinėse bylose, kurių nenagrinėja kiti apeliaciniai teismai. Nyderlanduose taip pat veikia Prekybos ir pramonės apeliacinis teismas (nyd. *College van Beroep voor het bedrijfsleven*), dar vadinamas Administraciniu aukštuoju prekybos ir pramonės teismu, kuris yra specializuotas administracinis teismas, sprendžiantis ginčus socialinės ir ekonominės administracinės teisės srityje (Special tribunals). Slovėnijos Respublikoje ir Kipro Respublikoje, priešingai nei Čekijoje bei Nyderlanduose, tik žemesnės instancijos grandyse įsteigti specializuoti administraciniai teismai. Slovėnijos Respublikoje skundus dėl administraciniame ginče pirmąją instanciją priimtų sprendimų nagrinėja Slovėnijos Respublikos Aukščiausiasis Teismas, kuris nėra specializuotas administracinis teismas (Court system...). Vadinasi Slovėnijoje tik žemesnių instancijų teismus galima vadinti specializuotais administraciniais teismais. Taip pat yra ir Kipro Respublikoje – pirmoje instancijoje administracines bylas nagrinėja specializuoti teismai, o Aukščiausiasis teismas veikia kaip antra instancija šių teismų priimtiems sprendimams (The Supreme Court of Cyprus..., 2018).

Nors dalis Europos Sąjungos valstybių, turinčių savarankiškus administracinius teismus, taiko dvipakopę administracinių teismų sistemą, esama valstybių, kurios taiko tripakopę sistemą. Kaip pavyzdį galima pateikti Latviją, Estiją, Ispaniją bei Kroatiją. Šios valstybės aptariamą kartą dėl to, kad jos, kaip ir Slovėnijos Respublika, išsiskiria savo administracinių teismų sistema. Šiose valstybėse nėra specializuoto galutinės instancijos teismo administracinėms byloms. Kalbant apie Latviją reikėtų pažymėti, kad aukščiausia kasacinė instancija byloms, kurias išnagrinėjo žemesnės instancijos teismai, yra Senatas. Senato organizacinę struktūrą sudaro keturi departamentai, iš kurių vienas – Administracinių bylų departamentas. Rajonų (miestų) teismas yra pirmosios instancijos teismas, nagrinėjantis tiek baudžiamąsias, tiek civilines, tiek administracines bylas, o apygardos teismas atitinkamai veikia kaip apeliacinė instancija rajonų (miestų) teismų išnagrinėtoms byloms (Beinoravičius *et al.*, 2012, p. 478-479). Estijoje veikia atskiri administraciniai teismai, tačiau tik pirmojoje teisminėje instancijoje. Kartu su administraciniais teismais pirmojoje instancijoje veikia ir apskričių teismai t. y. bendrosios kompetencijos teismai. Apygardos teismai yra apeliacinė instancija dėl apskričių bei administracinių teismų priimtų sprendimų. Aukščiausiasis Teismas yra aukščiausia Estijos teisminė institucija, kuri peržiūri apeliacinės instancijos teismų priimtus sprendimus kasacine tvarka (Estonian court system...). Ispanijoje tarp pirmosios instancijos teismų veikia atskiri administraciniai teismai (isp. *Juzgados de lo Contencioso-administrativo*), t. y. pirmosios instancijos teismai. Nacionalinės auditorijos teismas (isp. *Audiencia Nacional*) veikia kaip apeliacinė instancija, o Aukščiausiasis Teismas

(isp. *Tribunal Supremo*) veikia kaip galutinės instancijos teismas (Report for Spain...). Kroatijoje prie specializuotų teismų priskiriami administraciniai teismai, nagrinėjantys bylas pirmoje instancijoje bei Kroatijos Respublikos aukštasis administracinis teismas, kuris nagrinėja skundus dėl skundžiamų administracinių teismų sprendimų, t. y. apeliacinė instancija. Kroatijos Respublikos Aukščiausiasis Teismas yra aukščiausia teisminė institucija Kroatijoje, kuri veikia visoje valstybės teritorijoje ir nagrinėja skundus dėl galutinių Kroatijos teismų sprendimų (Specializuoti teismai...).

Kalbant apie tripakopę administracinių teismų sistemą taikančias valstybes galima išskirti Graikiją bei Prancūziją. Šiose valstybėse kaip aukščiausioji administracinių teismų instancija veikia Valstybės Taryba. Graikijoje numatytos dvi jurisdikcijos – administracinė ir civilinė/baudžiamoji (šios jurisdikcijos yra suskirstytos į tris instancijas). Aukščiausiasis administracinis teismas ir kasacinė instancija administracinėms byloms – Valstybės Taryba (gr. *Symvoulío tis Epikrateias*). Valstybės tarybos sprendimai formuoja precedentus žemesniems administraciniams teismams ir nustato Konstitucijos, taip pat įstatymų aiškinimo bei taikymo taisykles. Kaip ir visi teismų sprendimai, Valstybės tarybos sprendimai suteikia „*res judicata*“ pasekmes (The Council of State...). Taip pat ir Prancūzijoje, kur aukščiausios instancijos statusas priskiriamas Valstybės Tarybai (pranc. *Conseil d'État*), kurios sprendimai yra galutiniai. Funkciniu požiūriu Valstybės Taryba tam tikrais atvejais yra pirmosios ir galutinės instancijos teismas, apeliacinis teismas bei kasacinis teismas (Deviatnikovaitė, 2017, p. 60). Kaip kasacinė instancija Valstybės Taryba veikia nagrinėjant specialiųjų administracinių teismų ir apeliacinių administracinių teismų priimtus galutinius sprendimus, taip pat teikia teisinės nuomos žemesniosios instancijos teismams. Administraciniai teismai (pranc. *tribunaux administratifs*) nagrinėja administracinius ginčus pirmąja instancija. Apeliaciniai administraciniai teismai (pranc. *cours administratives d'appel*) tikrina ir persvarsto administracinių teismų priimtus sprendimus (įstatymuose numatytais atvejais tokią teisę turi ir Valstybės Taryba) (Deviatnikovaitė, 2017, p. 57, 59). Įdomu tai, kad Prancūzijos administracinių teismų sistemą papildė specializuotieji administraciniai teismai (pranc. *juridictions administratives spécialisées*). Pavyzdžiui Finansų teismas (pranc. *Cour des Comptes*), tikrinantis, kaip naudojami viešieji pinigai, arba Biudžetinės ir finansinės drausmės teismas (pranc. *La Cour de discipline budgétaire et financière*), kuris nagrinėja viešųjų tarnautojų ir visų kitų darbuotojų, kurie tarnauja finansų teismų audituojamose institucijose, padarytus viešųjų finansų pažeidimus (Deviatnikovaitė, 2017, p. 63–65). Kaip jau minėta, Valstybės Taryba yra kasacinė instancija ir specializuotųjų administracinių teismų sprendimams.

Galiausiai prie tripakopę administracinių teismų sistemą taikančių valstybių reikėtų priskirti ir Portugaliją, Švediją bei Vokietiją. Portugalijoje apylinkės administraciniai teismai ir mokesčių teismai yra pirmosios instancijos teismai, kurių pagrindinė užduotis – spręsti ginčus administracinėse ir mokesstinėse bylose. Jie gali veikti autonomiškai, apylinkės administracinių teismų arba mokesčių teismų pavadinimu, arba

bendrai, administracinio ir mokesčių teismo pavadinimu. Centriniai administraciniai teismai paprastai yra antrosios instancijos teismai, turintys administracinę jurisdikciją. Pagrindinė jų užduotis – nagrinėti apeliacinius skundus dėl apylinkės administracinių teismų ir mokesčių teismų sprendimų. Vyriausiasis administracinis teismas yra aukščiausia administracinių ir mokesčių teismų hierarchijos pakopa. Vyriausiąjį administracinį teismą sudaro administracinių ginčų skyrius ir mokestinių ginčų skyrius. Pagrindinė jo užduotis – nagrinėti apeliacinius skundus dėl centrinių administracinių teismų sprendimų (Specializuoti teismai...). Švedijos administracinių teismų sistema sudaro administraciniai teismai (šved. *förvaltningsrätt*), apeliaciniai administraciniai teismai (šved. *kammarrätt*) ir Aukščiausiasis administracinis teismas (šved. *Högsta förvaltningsdomstolen*). Pažymėtina, kad Švedijoje Migracijos teismas (šved. *Migrationsöverdomstolen*) yra pripažįstamas, kaip administracinių teismų dalis, šis teismas veikia Stokholmo apeliaciniame administraciniame teisme (Administrative courts...). Vokietijoje administraciniai teismai (vok. *Verwaltungsgerichte*) yra pirmos instancijos teismai, kurie nagrinėja administracines bylas savo teismo apygardos teritorijoje. Aukštesnieji administraciniai teismai (vok. *Oberverwaltungsgericht* arba *Verwaltungsgerichtshof*) veikia kaip apeliacinė instancija administracinių teismų sprendimams. Vyriausiasis administracinis teismas Vokietijoje yra Federalinis administracinis teismas (vok. *Bundesverwaltungsgericht*), t. y. kasacinis teismas, nagrinėjantis skundus dėl teisės (yra keletas išimčių) (Structure of administrative jurisdiction).

Nors priežastys, dėl kurių minėtos Europos Sąjungos valstybės pasirinko dvipakopę ar tripakopę administracinių teismų sistemą, nėra aiškiai išreikštos, G. Ambrasaitė - Balynienė pastebi, kad dvipakopės administracinių teismų sistemos istoriškai yra „jaunesnės“. Autorė kaip pavyzdžius pateikia valstybes, kuriose administracinių teismų sistemos kūrimas baigtas vėliausiai t. y. Lenkiją – 2004 m., Lietuvą – 2001 m., Bulgariją – 2007 m., Suomiją – 1999 m., Liuksemburgą – 1997 m. Taip pat palyginimui pateikia valstybes, kurių administracinių teismų sistema veikia ilgesnį laikotarpį, t. y. Prancūziją – nuo 1953 m., Vokietiją – nuo 1863 m., Graikiją – nuo 1975 m. bei Švediją – nuo 1979 m. Manytina, kad toks teisminės kontrolės pakopų skaičiaus mažėjimas naujai kuriamose administracinės justicijos sistemose gali būti lemtas pastaruoju metu vis aktualėjančios teismo proceso trukmės problemos bei Europos mastu deklaruojamo siekio rasti tinkamą pusiausvyrą tarp administracinio proceso šalių teisių bei teisėtų interesų apsaugos ir reikalavimo užtikrinti operatyvų teismo procesą bei nepakenkti viešojo administravimo veiksmingumui (Ambrasaitė-Balynienė, 2007, p. 279).

Taigi, kad ir kokiais kriterijais remiantis minėtos valstybės taiko vienokią ar kitokią teisminės kontrolės sistemą, galima pastebėti, kad didžioji dalis visų Europos Sąjungos valstybių narių yra įsteigusios specializuotus administracinius teismus, ar jų sistemas. Šiai dienai tokių valstybių iš viso 21. Tuo tarpu išimtimi galima laikyti 6 Europos Sąjungos valstybes, kurios savarankiškų administracinių teismų apskritai nėra įsteigusios (Airija, Danija, Vengrija, Slovakija, Rumunija, Malta).

3. Kasacijos poreikis administraciniuose teismuose

Norint nuspręsti, ar administracinėje justicijoje yra reikalinga kasacija, pirmiausia reikėtų apibrėžti, kokių tikslų yra siekiama kasacinėje instancijoje, kokia šios instancijos paskirtis. Gal LVAT kuo puikiauusiai įgyvendina visas funkcijas, kurias yra įprasta priskirti kasaciniam teismui, o papildomos teisminės pakopos įvedimas tik išpustų išlaidas už atstovavimą bei prailgintų bylų nagrinėjimą?

LAT praktikoje yra pažymima, jog kasacijos paskirtis yra dvejopa: a) užtikrinti teismų praktikos vienodumą bei b) užtikrinti teisėto ir pagrįsto sprendimo priėmimą konkrečioje byloje (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2009 m. gegužės 27 d. nutartis civilinėje byloje). Taip pat LAT praktikoje yra nurodoma, jog svarbesnė, reikšmingesnė funkcija yra būtent vienodos, nuoseklios teismų praktikos užtikrinimas, nes kasaciniame teisme nėra siekiama peržiūrėti kiekvienos bylos (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2009 m. gegužės 27 d. nutartis civilinėje byloje). Tai, jog būtent pastarasis tikslas ir yra esminis šioje instancijoje, patvirtina ir Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodekso (toliau – CPK) 346 str., kuris numato kasacijos pagrindus, kurie mus pagrįdė orientuoja į teismų praktikos vienodinimą. Materialinės ar procesinės teisės normų pažeidimas laikomas pakankamu pagrindu kasaciniam skundai tik tuomet, kai jis yra esminis, taigi, ne bet koks pažeidimas suteiks galimybę pasinaudoti šiuo kasacijos pagrindu.

Remiantis LVAT strateginiais veiklos planais bei ABTĮ 15 str. galima išskirti šiuos LVAT tikslus: a) teisingumo vykdymas bei b) vienodos administracinių teismų praktikos formavimas (Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2019-2021..., 2018). LVAT, remdamasis Konstitucinio Teismo praktika, yra išaiškinęs, jog teisingumo vykdymas reiškia konfliktų sprendimą, asmens procesinių teisių užtikrinimą bei teisingų sprendimų priėmimą (Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2017 m. vasario 8 d. nutartis byloje, Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2017 m. lapkričio 8 d. nutartis byloje). Taigi, galima teigti, jog tiek LVAT, tiek LAT turi tuos pačius tikslus – vykdo teisingumą priimančiais teisėtais ir pagrįstais sprendimais bei formuoja vienodą teismų praktiką. Tad tai, jog šie teismai turi tuos pačius tikslus lyg ir neturėtų nieko stebinti – juk hierarchiniu aspektu tiek LVAT, tiek LAT yra aukščiausios bei paskutinės instancijos savo kompetencijos teismų sistemose, tačiau nederėtų pamiršti, jog instancinių teismų sistemos požiūriu jų padėtis visgi yra skirtinga – LVAT yra apeliacinė instancija, o LAT yra kasacinė instancija.

Ko gera viena iš pagrindinių priežasčių, nulėmusių tai, jog šių dviejų skirtingų pakopų teismams yra pavesta įgyvendinti išimtinę funkciją – formuoti vienodą teismų praktiką, yra skirtingos šių teismų sistemų struktūros – dvipakopė bei tripakopė. Kaip jau buvo minėta, bendrosios kompetencijos teismų sistema yra tripakopė, o antrąja šios sistemos grandimi yra Lietuvos apeliacinis teismas bei 5 apygardų teismai. Vien tai, jog apeliacinė instancija bylas gali nagrinėti viso net 6 teismai, lemia, jog šių teismų

formuojama praktika gali nesutapti. Visiškai priešinga situacija yra administracinėje justicijoje, kai LVAT, būdamas apeliacine instancija, tuo pačiu yra vienintelis šios instancijos teismas bei aukščiausia administracinių teismų grandis.

Tai, jog bendrosios kompetencijos apeliacinių teismų praktika nėra vienoda, gali paliudyti LAT išnagrinėtų bylų statistika – pavyzdžiui iš 2017 – 2019 m. baudžiamosiose bylose priimtų nagrinėti skundų atmetama apie 66 %, t. y. maždaug 34 % nuosprendžių ir nutarčių teko keisti, naikinti žemesnės instancijos nuosprendžius ir grąžinti bylas nagrinėti iš naujo, palikti galioti žemesnių instancijų nuosprendžius (Metinis informacinis pranešimas 2019 m..., 2020). 2017 – 2019 m. laikotarpiu iš priimtų nagrinėti kasacinių skundų civilinėse bylose nepakeistais liko atitinkamai tik apie 48 %, 42 % bei 38 % sprendimų kas met (Metinis informacinis pranešimas 2019 m..., 2020). Taigi, kasacijos būtinybė bendrosios kompetencijos teismuose yra sąlygota pačios tripakopės teismų struktūros, kuri lemia, jog siekiant suvienodinti apeliacinių teismų praktiką yra būtina kasacinė instancija. Tuo tarpu administraciniuose teismuose su šia problema nesusiduriama, kadangi apeliacine ir galutine instancijas bylas nagrinėja vienintelis LVAT.

Tačiau būtina paminėti iššūkį, su kuriuo nagrinėdamas bylas susiduria LVAT lyginant su LAT – itin didelis bylų srautas. Pavyzdžiui laikotarpiu nuo 2016 m. iki 2019 m. kas met LVAT išnagrinėdavo maždaug nuo 2700 iki 2900 bylų (2019 metų veiklos apžvalga..., 2020). Negali kilti abejonių, jog 19-ai teisėjų, dirbančių LVAT, tenka atlikti titano darbą siekiant įveikti tokius kalnus bylų. Tuo tarpu LAT dirbantiems 32-iesiems teisėjams tuo pačiu laikotarpiu, t. y. nuo 2016 m. iki 2019 m. kas met tekdavo išnagrinėti maždaug nuo 800 iki 1100 bylų. Taigi, akivaizdu, jog LVAT, kartu su LAT, vykdančiam išskirtinę šiems teismams suteiktą funkciją – vienodos teismų praktikos formavimą, tenka neproporcingai didelė apkrova, kas, be abejo, turi neigiamą įtaką vienodos administracinių teismų praktikos formavimui ir verčia svarstyti, ar nebūtų protinga kažkokiu būdu „prafiltruoti“ į LVAT patenkančias bylas, ar net steigti papildomą instanciją, kuri ir būtų tuo „filtru“.

Vienas iš argumentų, kuris dažnai sutinkamas, kai bandoma pateisinti dvipakopę administracinių teismų struktūrą, pabrėžti jos pranašumus prieš bendrosios kompetencijos teismų tripakopę struktūrą, esą atsisakius kasacijos instancijos pavyks užtikrinti proceso spartą bei efektyvią asmenų pažeistų teisių gynybą. Tačiau statistika dėl vidutinės bylų nagrinėjimo trukmės atskleidžia visai ką kitą. Pavyzdžiui, sprendimai administracinėse bylose 2017 m. vidutiniškai būdavo priimami (apygardų teismuose ir LVAT kartu) 486 d., 2018 m. – 513 d., 2019 m. – 553. O tuo tarpu, pavyzdžiui, civilinė byla per visas tris teismines pakopas (pirmąją instanciją apylinkių, antrąją apygardų teismuose ir galiausiai LAT) 2017m. vidutiniškai pereinavo per 398 d., 2018 m. – 466 d., 2019 m. – 408 d. (Veiklos rezultatai 2019 m..., 2020 m.)

Remiantis teismų bylų nagrinėjimo greičio statistika galima išskirti dar kelis aspektus. Pirma, tai jog administracinės bylos apygardų administraciniuose teismuose išnagrinėjamos vidutiniškai net šiek tiek greičiau nei pirmąją instanciją bendrosios kompe-

tencijos apylinkių teismuose, o antra – LVAT bylos nagrinėjimas užtrunka daugiau nei 2 kartus ilgiau, lyginant su bylų nagrinėjimu LAT (Veiklos rezultatai 2019 m..., 2020 m.). Taigi, galime teigti, jog dvipakopė administracinių teismų struktūra ne tik lemia tai, jog aukščiausioji teisminė instancija – LVAT, privalo nagrinėti sunkiai suvokiamus kiekius bylų, kas tiesiogiai paneigia vieną iš pagrindinių šios sistemos tikslų – operatyvų asmenų teisių apgynimą, nes objektyviai yra neįmanoma sparčiai ir juo labiau kokybiškai išnagrinėti beveik po 4000 bylų per metus.

Galima išskirti dar vieną argumentą, kuriuo galima būtų galima remtis norint pagrįsti, jog kasacijos instancija administraciniame procese nėra reikalinga – tai proceso atnaujinimo pagrindai. Proceso atnaujinimo pagrindai administraciniame procese yra numatyti ABTĮ 156 str. 2 d. Šioje dalyje viso numatyta net 13 proceso atnaujinimo pagrindų, tačiau šiuo atveju išimtinai reikšmingi yra pagrindai, numatyti būtent 156 str. 2 d. 10 ir 12 p.

ABTĮ 156 str. 2 d. 10 p. įtvirtina galimybę atnaujinti procesą, jei pateikiami įrodymai, jog padarytas esminis materialiosios teisės normų pažeidimas jas taikant, galėjęs turėti įtakos priimti neteisėtą sprendimą ar nutartį. Pastebėtina, jog beveik analogiškas pagrindas, tik šiuo atveju ne proceso atnaujinimo, o kasacinio skundo, yra numatytas CPK 346 str. 2 d. 2 p., bet šiuo atveju tai gali būti ne tik materialinės, bet ir procesinės teisės pažeidimas, galėjęs turėti įtakos neteisėto sprendimo ar nutarties priėmimui, be to, šis pažeidimas turi turėti esminės reikšmės vienodam teisės aiškinimui ir taikymui.

ABTĮ 156 str. 2 d. 12 p. įtvirtina galimybę atnaujinti procesą, kai yra būtina užtikrinti vienodos administracinių teismų praktikos formavimą. Praktiškai identiškas pagrindas peržiūrėti bylą kasacine tvarka yra įtvirtintas CPK 346 str. 2 d. 3 p., kuris numato, jog jei LAT praktika ginčijamu teisės klausimu yra nevienoda, t. y. kai yra būtina užtikrinti vienodą LAT praktiką, tai yra pagrindas nagrinėti bylą kasacine tvarka.

Taigi, remiantis minėtu galima teigti, jog tam tikra prasme ir ABTĮ yra įtvirtinti „kasacijos“ pagrindai, kurie yra užmaskuoti po proceso atnaujinimo pagrindais. Pasiūdojus vienu iš dviejų proceso atnaujinimo pagrindų, kurie savo esme atitinka CPK įtvirtintus kasacijos pagrindus, ir teismui priėmus nutartį dėl proceso atnaujinimo byla bus dar kartą nagrinėjama teisme, o tai reiškia, jog ji bus teismo nagrinėta viso 3 kartus – tiek pat kiek ir triapakopėje bendrosios kompetencijos teismų sistemoje.

Būtina pastebėti, jog nepaisant to, jog ABTĮ įtvirtina tam tikrus „kasacijos“ pagrindus, tačiau statistika atskleidžia liūdną tiesą – praktikoje šie pagrindai beveik niekada nepritaikomi. Pavyzdžiui, 2017 m. procesas buvo atnaujintas tik 3-ose bylose (2017 metų veiklos apžvalga..., 2018), taip pat ir 2018 m. – procesas atnaujintas tik 3-ose bylose (2018 metų veiklos apžvalga..., 2019), na o 2019 m. buvo tiesiog rekordiniai – procesai buvo atnaujinti net 9-ose bylose (2019 metų veiklos apžvalga..., 2020). Kaip galima matyti, skaičiai yra tikrai absurdiškai maži, praktiškai niekiniai, ypač atsižvelgiant į jau minėtus administracinių teismų išnagrinėtų bylų kiekius. Tad akivaizdu, kad argumentas, jog kasacija administraciniame procese nėra reikalinga, nes proceso atnaujinimo

pagrindai iš esmės atitinka kasacijos pagrindus, nėra tinkamas, nes ši galimybė praktikoje beveik nerealizuojama.

Tačiau yra būtina pažymėti dar keletą aspektų. Pirma, pagal ABTĮ 43 str. 1 d. administracines bylas pirmojoje instancijoje įprastai nagrinėja 3-jų teisėjų kolegija, o bendrosios kompetencijos teismuose pagal bendrą taisyklę bylas nagrinėja vienas teisėjas. Bylą nagrinėjimas trijų teisėjų kolegijoje leidžia užtikrinti objektyvesnį, kokybiškesnį bylos išnagrinėjimą, lyginant su bylomis, kurias nagrinėja vienas teisėjas. Taigi, administraciniuose teismuose turime situaciją, kuomet jau pirmojoje instancijoje priimamų sprendimų kokybę įprastai užtikrina 3-jų teisėjų kolegija, kai tuo tarpu bendrosios kompetencijos teismuose tam tikrais atvejais net nėra garantuojama, jog apeliacinė instancija bylą nagrinės 3 teisėjai, t. y. galimos situacijos, kai tiek pirmoje, tiek antrojo instancijoje bylas nagrinės tik po vieną teisėją.

Antras aspektas, kuris yra tiesiogiai susijęs su minėta administracinio teismo sudėtimi nagrinėjant bylas – LVAT paliekamų nepakeistų sprendimų skaičius. Pavyzdžiui 2017 m. LVAT paliko net 70 % sprendimų nepakeistais (2017 metų veiklos apžvalga..., 2018), 2018 m. bei 2019 metais šis skaičius išliko praktiškai nepakeitęs – atitinkamai buvo 69 % (2018 metų veiklos apžvalga..., 2019) ir 70 % (2019 metų veiklos apžvalga..., 2020). Kaip jau buvo minėta anksčiau, net LAT nepavyksta pasiekti tokios nepakeistų sprendimų statistikos, kai bylos jau būna perėjusios dvi teisminės instancijas. Atitinkamai tai parodo, jog papildomos instancijos įsteigimas administraciniuose teismuose galimai būtų nereikalingas ir perteklinis.

Taigi, remiantis minėtu galima teigti, jog tiek LVAT, tiek LAT atlieka tas pačias funkcijas būdami skirtingų instancijų teismai, tačiau dėl skirtingų teisminių struktūrų (dvipakopės ir tripakopės) LVAT tenka žymiai didesnis krūvis nei LAT. Tai, žinoma, sukelia sunkumus įgyvendinti išimtinę LVAT funkciją – formuoti vienodą administracinių teismų praktiką, be to, didelis bylų srautas sąlygoja ir labai ilgus bylų nagrinėjimo administraciniuose teismuose terminus. Vis dėlto manytina, jog galimai nėra poreikio steigti specializuotą administracinį kasacinį teismą, nes kokybiškai išnagrinėtos bylos apygardų teismuose lemia tai, jog LVAT didžiąją dalį sprendimų palieka nepakeista, tačiau būtų tikslinga svarstyti galimybę riboti tam tikrų bylų patekimą į LVAT.

4. Ribota apeliacija administraciniuose teismuose

Steigiant savarankiškai veikiančius administracinius teismus, buvo svarbu sukurti tokį teisinį reglamentavimą, kuris minėtuose teismuose užtikrintų greitą ir veiksmingą bylų nagrinėjimą. Stebint administracinių teismų praktiką išryškėjo problemų, dėl kurių kilo poreikis koreguoti proceso reglamentavimą. Tobulinant proceso reglamentavimą ne kartą buvo keičiamas ABTĮ, tačiau net ir priėmus naują įstatymo redakciją kyla poreikis įstatymo koregavimui bei papildymui. Pastaruoju metu buvo ir yra aktyviai

dirbama ties administracinio proceso efektyvaus teisinio reguliavimo klausimu, kuris yra tiesiogiai susijęs su administracinio proceso modelio tobulinimu ir novatoriškų procesinių instrumentų įvedimu į Lietuvos administracinio proceso teisės modelį (Paužaitė-Kulvinskienė, 2016, p. 343). Tenka pastebėti, kad didelis bylų skaičius ir ilgėjanti bylų nagrinėjimo trukmė administraciniuose teismuose veikia taisyklė, nei išimtis. Atitinkamai dėl šių priežasčių, Lietuvos Respublikos teisingumo ministerija parengė ir pateikė įstatymų projektų paketą (Teikimas dėl įstatymų projektų, 2019), kuriuo siekiama užtikrinti operatyvumo principo įgyvendinimą minėtuose teismuose ir taip žengti dar vieną žingsnį administracinio proceso tobulinimo link.

Dėl administracinio proceso problematikos bei numatomų reformų diskutuojama ir tarp teisės mokslininkų. Antai Lietuvos administracinių teismų veiklos dvidešimtmėsio proga Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo ir Vilniaus universiteto Teisės fakulteto organizuotoje tarptautinėje konferencijoje „Nauji iššūkiai ir patirtys administraciniame procese“ buvo diskutuojama dėl galimų sprendimų „lėto teisingumo“ problemai administraciniuose teismuose. Viena pagrindinių renginio idėjų – greitą ir efektyvų teisingumo vykdymą administraciniame procese galėtų užtikrinti apeliacinių skundų atrankos mechanizmas (Ribotos apeliacijos modelis administraciniame procese..., 2019). Svarbu pažymėti, kad ši idėja nėra nauja. Dar 2005 m. apie administracinių teismų darbo krūvio didėjimą prognozavo J. Paužaitė-Kulvinskienė. Autorė jau tuo metu pateikė pasiūlymus, kokios būtų galimybės užtikrinti administracinio proceso operatyvumą: grupės ieskiny, modelinis procesas, taikos sutartis, rašytinio bylos nagrinėjimo principo išplėtimas (Paužaitė-Kulvinskienė, 2005, p. 225-226). Taigi, šiai dienai vis dar susiduriama su sunkumais siekiant sumažinti bylų kiekį administraciniuose teismuose, taip pat pagreitinti bylų nagrinėjimą, tuo pačiu užtikrinant priimamų sprendimų kokybę. Goda Ambrasaitė-Balynienė teigia, kad priežastis, dėl kurios administraciniame procese kurį laiką nebuvo svarstomi bylų patekimo į LVAT ribojimai, yra ta, jog LVAT buvo sukurtas kaip apeliacinės instancijos teismas. Visgi autorė pažymi, kad LVAT, nors ir būdamas apeliacinis, o ne kasacinis teismas, yra galutinė, administracinių teismų praktiką formuojanti instancija, todėl tapatinti šio teismo funkcijas su bendrosios kompetencijos apygardų teismų ar Lietuvos apeliacinio teismo funkcijomis negalima (Ambrasaitė, 2006a, p. 43).

Minėtame teikime dėl įstatymų projektų akcentuojamas didelis bylų kiekis administraciniuose teismuose. Minima, jog 2018 m. net 40 % visų LVAT gautų apeliacinių skundų sudarė apeliaciniai skundai bylose dėl žalos atlyginimo už netinkamas kalinimo ar suėmimo sąlygas. Atkreipiamas dėmesys, kad atsižvelgiant į nuolat didėjantį apeliacine tvarka nagrinėtinų administracinių bylų kiekį, jų nagrinėjimo terminai nuolat ilgėja (bylos nagrinėjimas gali užtrukti iki 16-18 mėnesių). Toks terminas gali būti laikomas nepateisinamai ilgas, sprendžiant valstybės atsakomybės už padarytą žalą klausimą. Be to pažymėta, kad administraciniuose teismuose taip pat dominuoja bylos dėl užsieniečių teisinės padėties, valstybės tarnybos teisinių santykių, mokesstinės bylos. Įstatymų pro-

jektais siūloma nustatyti privalomą ikiteisminę nagrinėjimo tvarką byloms, kurios šiuo metu sudaro didžiausią dalį t. y. byloms dėl viešojo administravimo subjektų veiksmams padarytos žalos atlyginimo, dėl užsieniečių teisinės padėties, valstybės tarnybos teisinių santykių bei mokestinėms byloms. Kartu būtų nustatyta, kad apeliaciniai skundai šiose bylose galėtų būti paduoti tik esant įstatyme nustatytiems pagrindams, t. y. tam tikrais išimtiniais atvejais. Kitaip tariant, siekiama įtvirtinti ribotos apeliacijos galimybę.

ABTĮ projekte (Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymo..., 2019) numatyta, kad a) apeliacinio skundo priėmimo klausimas sprendžiamas šiame straipsnyje nustatyta tvarka, kai skundžiamas pirmosios instancijos teismo sprendimas ar jo dalis dėl Lietuvos administracinių ginčų komisijos, jos teritorinio padalinio ar Mokestinių ginčų komisijos sprendimo, priimto išnagrinėjus administracinį ginčą įstatymuose nustatyta privaloma ikiteismine tvarka bei b) apeliacinis procesas dėl šio straipsnio 1 dalyje nurodyto teismo sprendimo ar jo dalies galimas tik tuo atveju, jei egzistuoja vienas iš šių pagrindų: i) dėl ginčo yra susiformavusi aiški ir nuosekli Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo praktika, kuria nesivadovavo pirmosios instancijos teismas, priimdamas sprendimą, kuris skundžiamas apeliaciniu skundu; ii) pirmosios instancijos teismo sprendime padaryta akivaizdi teisės taikymo klaida; iii) būtina užtikrinti vienodos administracinių teismų praktikos formavimą.

Taigi, kaip minėtoje konferencijoje (Ribotos apeliacijos modelis administraciniame procese..., 2019) apibrėžė J. Paužaitė-Kulvinskienė, šiuo metu diskutuojama dėl trijų instrumentų, reformuosiančių apeliacinį procesą. Pirmasis instrumentas – numatyti privalomą administracinių ginčų ikiteisminio nagrinėjimo stadijos įvedimą, taip pat plečiant ikiteisminių institucijų, nagrinėjančių administracinius ginčus, kompetenciją bei stiprinant jų nepriklausomumą (svarstoma dėl privalomo ikiteisminės ginčų nagrinėjimo tvarkos taikymo visiems ginčams dėl žalos, atsiradusiems dėl valstybės subjektų neteisėtų veiksmų atlyginimo arba nustatant tik tam tikrų ginčų rūšis). Antrasis instrumentas – įvesti ribotą apeliaciją tik byloms, kurios būtų išnagrinėtos privaloma ikiteismine administracinių ginčų nagrinėjimo tvarka ir po peržiūrėjimo apygardos administraciniame teisme. Trečiasis instrumentas – nustatyti reikšmingus kriterijus apeliacinio skundo priimtinumui t. y. a) dėl ginčo yra susiformavusi aiški ir nuosekli Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo praktika, kuria nesivadovavo pirmosios instancijos teismas, priimdamas sprendimą, kuris skundžiamas apeliaciniu skundu; b) pirmosios instancijos teismo sprendime padaryta akivaizdi teisės taikymo klaida; c) būtina užtikrinti vienodos administracinių teismų praktikos formavimą. Siekiant įvertinti šių instrumentų pritaikymą praktikoje, reikėtų kiekvieną iš jų aptarti detaliau.

Kalbant apie privalomą administracinių ginčų ikiteisminio nagrinėjimo stadiją, Lauros Paškevičienės teigimu: „Ikiteisminės ginčų nagrinėjimo tvarkos įtvirtinimas Lietuvos teisėje remiasi europinius standartus iš esmės atitinkančiu mechanizmu, kurio pagalba operatyviau patikrinamas individualių administracinių aktų ir veiksmų teisėtumas bei sumažinamas administracinių teismų darbo krūvis, ir kuris atspindi šiuo-

laikinės administracinės justicijos siekius: asmens teisių apsaugos prioritetą valstybės interesų atžvilgiu bei greitą ir veiksmingą asmens pažeistų teisių gynybą (Paškevičienė, 2018, p. 207).” Kita vertus, autorė pažymi, jog Lietuvos teismų praktikoje ikiteisminėms institucijoms nėra taikomi nepriklausomumo ir nešališkumo standartai, todėl Lietuvoje veikiančią ikiteisminių ginčų nagrinėjimo institucijų sistemą galima laikyti labiausiai nutolusia nuo tribunolo sampratos (išskyrus Lietuvos administracinių ginčų komisiją bei Mokestinių ginčų komisiją). Kitos ikiteisminės institucijos yra daugiausiai administracinės institucijos, kurioms pagal įstatymą yra pavestos specialios administracinių ginčų nagrinėjimo funkcijos (Paškevičienė, 2018, p. 216). Reikėtų pažymėti, kad Konstitucijos 31 str. 2 d, 109 str. 2 d. nuostatos, įtvirtinančios teisėjo ir teismų nepriklausomumo, jų nešališkumo principus, yra susijusios su Konstitucijos 30 str. 1 d., kurioje nustatyta, kad „asmuo, kurio konstitucinės teisės ar laisvės pažeidžiamos, turi teisę kreiptis į teismą“ (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. lapkričio 27 d. nutarimas). Abejones dėl ikiteisminių institucijų pripažinimo „teismu“ išreiškė ir J. Paužaitė-Kulvinskienė. Autorės teigimu, abejotina, ar konstituciškai būtų leistina ikiteisimine tvarka ginčus nagrinėjančią instituciją daugiapakopėje ginčo priežiūros sistemoje tapatinti su „teismu“ ir tokiu būdu nepaisyti konstitucinės jurisprudencijos nuostatos, jog sprendimas turi būti peržiūrėtas „bent vienoje aukštesnėje teisminėje instancijoje“ (Ribotos apeliacijos modelis administraciniame procese..., 2019) .

Kalbant apie tris apeliacinio skundo priimtinumą kriterijus, pastebėtina, jog tiek pirmas, tiek trečias sutampa savo norminamuoju turiniu t. y. šių kriterijų teleologinis tikslas yra tapatus – sudaryti galimybes apeliacinį skundą išnagrinėti LVAT, idant konkrečiu atveju būtų užtikrintas vienodos administracinių teismų praktikos formavimas (Ribotos apeliacijos modelis administraciniame procese..., 2019). Pirmuoju atveju, manytina, kad asmuo apeliaciniame skunde turėtų įrodyti, jog analogišku klausimu yra suformuota aiški ir nuosekli LVAT praktika nuo kurios buvo nukrypta. Trečiuoju atveju laikytina tokia situacija, kai apeliaciniame skunde asmuo turėtų nurodyti daugiau nei vieną LVAT sprendimą, kuriuose tapatiems ginčams buvo pritaikytos skirtingos normos t. y. apelianto byloje nustatytos panašios faktinės aplinkybės, dėl kurių LVAT praktika yra nevienoda.

Antras kriterijus – pirmosios instancijos teismo sprendime padaryta akivaizdi teisės taikymo klaida. Visgi, toks teisinis reguliavimas vertintinas kaip ne apibrėžtas, todėl natūraliai kiltų klausimas, ką būtų galima laikyti akivaizdzia teisės taikymo klaida. LVAT yra pažymėjęs, kad akivaizdzia teisės taikymo klaida negalima laikyti ginčytinų aplinkybių (Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2016 m. liepos 19 d. nutartis administracinėje byloje). Visgi, šios formuliuotės ne apibrėžtumas palieka vietos klaidingoms ir nevienareikšmiškoms interpretacijoms, todėl pagrįsta manyti, jog asmeniui, siekiančiam pasinaudoti savo apeliacijos teise, ji būtų neproporcingai apribota.

Taigi, aptarus įstatymų projektą galima daryti išvadą, kad jo tikslas, visų pirma, sumažinti LVAT darbo krūvį, dėl ko procesas taptų greitesnis, kokybiškesnis. Kita vertus,

toks reguliavimas vis dar galėtų būti laikomas nepakankamu, kadangi apeliacijos teisės ribojimas (neproporcingas) tam tikrais atvejais galėtų pažeisti asmenų teises t. y. operatyvumo principas turėtų prioritetą prieš asmens teisę pasinaudoti apeliacija. Visgi, pirmosios instancijos teismų klaidų pašalinimas, siekis formuoti vienodą administracinių teismų praktiką galėtų būti tinkamai realizuotas tik nustatius tinkamą apeliacinio proceso reglamentavimą. Goda Ambrasaitė-Balynienė pastebi, jog įtvirtinus Lietuvos administraciniame procese klasikinių neribotos apeliacijos modelį, LVAT turėtų dubliuoti pirmosios instancijos administracinių teismų funkcijas, daugiausia laiko skirti pakartotiniam faktinių bylos aplinkybių tyrimui, o tai neabejotinai apsunkintų vientisos teismų praktikos užtikrinimą (Ambrasaitė, 2006b, p.).

Vertinant, ar Lietuvos administraciniame procese iš tiesų reikalinga ribota apeliacija, galima paminėti keletą literatūroje aptariamų prielaidų, kurios pateisina tokį reglamentavimą. Pavyzdžiui, itin didelis paliekamų nepakeistų pirmosios instancijos teismo sprendimų skaičius. Kaip buvo minėta anksčiau, 2017 m. net 70 % bylų pagal apeliacinius skundus dėl apygardų administracinių teismų sprendimų buvo palikti nepakeisti, 2018 m. – 69 %, o 2019 m. 70 %. Galima manyti, jog šie pakankamai stabilūs rodikliai parodo, kad žemesnės instancijos teismai puikiai susitvarko su proceso šalių teisių ir interesų gynimo užduotimi. Jei apeliacine tvarka naikinamų sprendimų skaičius būtų itin didelis, būtų galima abejoti, ar apribojus apeliacijos teisę šalių teisių ir teisėtų interesų gynbos funkcija nebus paneigiama (Ambrasaitė, 2006a, p. 44).

Teisės doktrinoje yra nuomonių, kad teisė arba pareiga kreiptis į išankstinio ginčų nagrinėjimo ne teismo tvarka institucija lemia dviejų instancijų administraciniuose teismuose pakankamumą (Ambrasaitė, 2006a, p. 44). Dėl to apygardų administraciniai teismai, nors veikdami kaip pirmosios instancijos teismai, nėra pirmoji ginčą nagrinėjanti institucija. Atsižvelgiant į tai, kad dauguma bylų faktinių aplinkybių jau išaiškintos viešojo administravimo institucijose ar nepriklausomose ginčų nagrinėjimo komisijose, leidžia teigti, kad apygardų teismai šiuo požiūriu galėtų būti prilyginami apeliacinės instancijos teismams. Manytina, kad tai galėtų būti prielaida, leidžianti apriboti bylų patekimą į LVAT, kadangi minėtu požiūriu t. y. apygardų administracinius teismus tam tikra prasme priskiriant apeliacinei instancijai, LVAT paskirtis pagal jam priskirtas funkcijas labiau prilygintina ne bendrosios kompetencijos apeliacinės instancijos teismams, tačiau LAT.

Pastebima, kad jau keletą metų iš eilės didžiausią LVAT gaunamų ir išnagrinjamų bylų dalį sudaro žalos, atsiradusios dėl valdžios institucijų neteisėtų veiksmų, atlyginimo bylos. Šioje kategorijoje 2019 m. vis dar vyravo bylos dėl netinkamų suėmimo ir kalinimo sąlygų, kuriose dažniausiai buvo skundžiamasi dėl per mažo gyvenamųjų patalpų ploto bei netinkamų higienos sąlygų (2019 metų veiklos apžvalga..., 2020). Sudarius galimybę apriboti tokio pobūdžio bylų patekimą į LVAT būtų galima tikėtis greitesnio kitų bylų sprendimo. Galima manyti, kad kiekvienais metais dominuojantys skundai dėl netinkamų suėmimo ir kalinimo sąlygų nėra svarbūs užtikrinant vienodą teisės

aiškinimą ir taikymą administracinių teismų praktikoje. Pažymėtina, kad tarp domiuojančių bylų neabejotinai gali pasitaikyti ir tokių, kuriose keliamos teisės aiškinimo ir taikymo problemos, todėl atsižvelgiant į tai apeliacijos teisė šioms bylų kategorijoms neturėtų būti uždrausta. Kaip teigia Goda Ambrasaitė-Balynienė, įstatymu uždrausti apeliaciją tam tikrose bylose pavojinga, atsižvelgiant į įvairialypį ir greitai besikeičiantį teisinį reglamentavimą, palyginti neilgą administracinių teismų veiklos laikotarpį ir tik besiformuojančią teismų praktiką daugelyje administracinių sričių (Ambrasaitė, 2006a, p. 45). Taigi, ne itin reikšmingų bylų vienodos teismų praktikos formavimo požiūriu ribojimas kreiptis į LVAT taip pat galėtų būti laikoma viena iš apeliacijos ribojimo priemonių.

Taigi, atsižvelgiant į tai, jog LVAT yra apeliacinis teismas, kurio funkcija yra užtikrinti vieningą teismų praktiką administraciniuose teismuose, neįtvirtinus ribotos apeliacijos yra rizikuojama, kad minėto teismo sprendimai dėl apkrovos gali prarasti kokybę, o asmenys, kurie siekia pasinaudoti apeliacijos teise bus priversti laukti neproporcingai ilgus terminus. Įvertinus teikiamų įstatymų projektų paketo nuostatas, galima daryti išvadą, kad reguliavimas vis dar turėtų būti koreguojamas. Visgi, tai nepaneigia fakto, kad apeliacijos ribojimas yra būtina priemonė sprendžiant susidariusias problemas administraciniuose teismuose.

Išvados

1. Asmeniui turi būti suteikta galimybė teismo baigiamąjį aktą apskųsti bent vienos aukštesnės instancijos teismui. Šiuo požiūriu, galima pastebėti, jog Lietuvoje numatytas teisminės gynybos reglamentavimas pasižymi itin aukštais standartais lyginant juos su EŽTT, kuris savo praktikoje yra pasisakęs, jog siekiant užtikrinti efektyvią teisę į nešališką ir nepriklausomą teismą, būtina sudaryti galimybę asmeniui ginčyti bet kokią aktą susijusį su jo teisėmis., o tuo tarpu pagal EŽTT praktiką nėra būtina steigti nei apeliacinių, nei kasacinių teismų.
2. Specializuoti administraciniai teismai Europos Sąjungoje greičiau taisyklė, nei išimtis. Iš visų Europos Sąjungos valstybių šiai dienai tik 6 valstybės nėra įsteigusios administracinių teismų. Atsižvelgdamos į sukaupą teismų praktiką ir teisminės sistemos specifiką, valstybės turi teisę spręsti, ar yra poreikis atskirti administracinius teismus nuo bendrosios kompetencijos teismų ir jei taip, kokia, t. y. dviapakopė, ar triapakopė (arba mišri) administracinių teismų sistema užtikrina šių valstybių teisminės sistemos stabilumą. Taigi, šiai dienai turime 21 valstybę, kuri yra įsteigusi savarankiškus administracinius teismus, ar jų sistemas, nors minėtų teismų sistemos instancinių pakopų požiūriu yra skirtingos.
3. Kasacijos funkcijos – užtikrinti teismų praktikos vienodumą bei užtikrinti teisėtą ir pagrįstą sprendimo priėmimą konkrečioje byloje. Nors LAT ir LVAT, kaip aukščiausios instancijos teismai, pasižymi vienodos teismų praktikos formavimo

funkcija, neįmanoma nepastebėti, kad LVAT tenkantis darbo krūvis kur kas didesnis, o tai sąlygoja prastesnę darbo kokybę bei apsunkina tinkamą pagrindinės funkcijos, vienodos administracinių teismų praktikos formavimo, įgyvendinimą. Tokį skirtumą lemia dvipakopė administracinių teismų struktūra, kurios aukščiausia teisminė instancija – LVAT.

4. Nėra poreikio steigti kasacijos instanciją administraciniame procese. ABTĮ įtvirtina proceso atnaujinimo galimybes, kurios tam tikrais atvejais persipina su CPK numatytais kasacinio skundo pagrindais. Nors atnaujinimo pagrindai praktikoje taikomi itin retai, tačiau tokiu atveju, jei šiais užslėptais „kasacijos“ pagrindais administraciniame procese būtų pasinaudota, byla administraciniuose teismuose būtų nagrinėjama trečią kartą.
5. Lietuvos administracinio proceso reglamentavimas, kaip ir bet kuris kitas, nėra tobulas. Jau kuris laikas bylų skaičius administraciniuose teismuose tik didėja, o šių bylų nagrinėjimo trukmė ilgėja. Vienas iš būdų šiai problemai spręsti – riboti bylų patekimą į LVAT. Kita vertus, kyla grėsmė, kad šiuo metu siūlomas apeliacijos ribojimo reglamentavimas gali neproporcingai apsunkinti asmens pasinaudojimą apeliacijos teise, todėl yra koreguotinas.
6. Nors dėl apeliacijos ribojimų yra išreikšta nemažai abejonių, reikėtų pažymėti, kad šio instituto įtvirtinimas Lietuvoje yra reikalingas. Be to, galima išskirti apeliacijos ribojimo prielaidas, kurios pateisintų šios reformos galimybę. Tokiomis prielaidomis laikytinos: didelis paliekamų nepakeistų pirmosios instancijos teismo sprendimų skaičius, ikiteisminis ginčų nagrinėjimas ne teismo tvarka, dominuojančių bylų LVAT mažareikšmiškumas vieningos praktikos formavimo požiūriu.

Literatūros sąrašas:

Teisės norminiai aktai:

1. Lietuvos Respublikos Konstitucija (1992). *Valstybės žinios*, 33-1014.
2. Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (2002). *Valstybės žinios*, Nr. 36-1340.
3. Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymas (1999). *Valstybės žinios*, 13308; 2000, Nr. 85-2566 (su vėlesniais pakeitimais ir papildymais).
4. Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymo Nr. VIII-1029 20, 23, 27, 28, 31, 33, 43, 56, 78, 117, 134, 138 straipsnių pakeitimo bei įstatymo papildymo 115(1) ir 138(1) straipsniais įstatymo projektas (2019). 19-6747(5).
5. Teikimas dėl įstatymų projektų (2019). 19-6754(5).

Specialioji literatūra:

6. Vėlyvis, S., Abromavičienė, G. (2006). Kai kurios teisės kreiptis į teismą bendrosios sąlygos. *Jurisprudencija*, 2 2006 (80), 123-133.

7. Abramavičius, A. (2009). Teisė į teisminę gynybą Lietuvos respublikos Konstitucinio Teismo jurisprudencijoje. *Jurisprudencija*, 3(117), 21-40.
8. Beinoravičius, D. ir kt. (2012). *Europos Sąjungos valstybių narių konstitucinės sistemos*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas.
9. Deviatnikovaitė, I. (2017). *Užsienio šalių ir Europos Sąjungos administracinė teisė*. Vilnius: VĮ Registrų centras.
10. Ambrasaitė-Balynienė, G. (2007). Administraciniai teismai Europos Sąjungos valstybėse narėse: lyginamieji aspektai. Iš: *Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo biuletenis* 3 (13), 276-286.
11. Paužaitė-Kulvinskienė, J. (2016). Administracinio proceso modelio paieškos Lietuvos teisės moksle. Iš: Paužaitė-Kulvinskienė, J. ir Ragauskas, P. (red.), *Ketvirtis amžiaus tiriant ir reformuojant Lietuvos teisinę sistemą*. Recenzuotų mokslinių straipsnių rinkinys. Vilnius: VŠĮ akademinė leidyba, 343-382.
12. Paužaitė-Kulvinskienė, J. (2005). *Administracinė justicija: teorija ir praktika*. Vilnius: Justitia.
13. Ambrasaitė, G. (2006a) Apeliacija administraciniame procese: teisės kreiptis į Lietuvos vyriausiąjį administracinį teismą ribojimo galimybės. *Jurisprudencija*, 6 (84), 41-47.
14. Paškevičienė, L. (2018). Asmens teisės kreiptis į teismą įgyvendinimas administraciniuose teismuose ikiteisminio ginčų nagrinėjimo reguliavimo aspektais. Iš: *Dabarties iššūkiai teismams užtikrinant žmogaus teises*. Vilnius: Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas, 206-249.
15. Ambrasaitė, G. (2006b). Apeliacija administraciniame procese: pagrindinės reformos kryptys. *Jurisprudencija*, 4 (82), 13-20.

Teismų praktika:

Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencija:

16. Europos Žmogaus Teisių Teismo 1992 m. gruodžio 16 d. sprendimas byloje de la Pradelle prieš Prancūziją.
17. Europos Žmogaus Teisių Teismo 1995 m. gruodžio 4 d. sprendimas byloje Bellet prieš Prancūziją.
18. Europos Žmogaus Teisių Teismo 2001 m. rugsėjo 5 d. sprendimas byloje Platakou prieš Graikiją.
19. Europos Žmogaus Teisių Teismo 2009 m. vasario 18 d. sprendimas byloje Andrejeva prieš Latviją.
20. Europos Žmogaus Teisių Teismo 2010 m. kovo 23 d. sprendimas byloje Cudak prieš Lietuvą.
21. Europos Žmogaus Teisių Teismo 2013 m. sausio 9 d. sprendimas byloje R. P. ir kiti prieš Jungtinę Karalystę.
22. Europos Žmogaus Teisių Teismo 2015 m. birželio 26 d. sprendimas byloje Momcilovic prieš Kroatiją.
23. Europos Žmogaus Teisių Teismo 2018 m. kovo 15 d. sprendimas byloje Naït-Liman prieš Šveicariją.

24. Europos Žmogaus Teisių Teismo 2018 m. balandžio 5 d. sprendimas byloje Zubac prieš Kroatiją.
25. Europos Žmogaus Teisių Teismo 2020 m. birželio 13 d. sprendimas byloje Sanofi Pasteur prieš Prancūziją.

Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo jurisprudencija

26. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2000 m. birželio 30 d. nutarimas byloje Nr. 30/98-13/99. *Valstybės žinios*, 54-1587.
27. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2002 m. liepos 2 d. nutarimas. *Valstybės žinios*, 69-2832.
28. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2003 m. kovo 4 d.. nutarimas. *Valstybės žinios*, 24-1004.
29. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. sausio 16 d.. nutarimas byloje Nr. 7/03-41/03-40/04-46/04-5/05-7/05-17/05. *Valstybės žinios*, 7-254.
30. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. rugsėjo 21 d. nutarimas. *Valstybės žinios*, 102-3957.
31. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. lapkričio 27 d. nutarimas. *Valstybės žinios*, 130-4910.
32. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2013 m. liepos 5 d. nutarimas byloje Nr. 2/2012-12/2012-9/2013. *Valstybės žinios*, 73-3679.
33. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2015 m. lapkričio 19 d. nutarimas. *Valstybės žinios*, 18423.

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo jurisprudencija

34. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2009 m. gegužės 27 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3k-3-219/2009.

Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo jurisprudencija

35. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2016 m. liepos 19 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-2593- 575/2016.
36. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2017 m. vasario 8 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-1642-556/2016.
37. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2017 m. lapkričio 8 d. nutartis administracinėje byloje Nr. eA-1640-556/2017.

Kita literatūra:

38. The Council of State of Belgium (2018). Administrative justice in Europe. p. 18 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/belgium/belgium_en.pdf [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
39. Giustizia-amministrativa.it. *The functions of Administrative Justice* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.giustizia-amministrativa.it/en/web/guest/funzioni-della-giustizia-amministrativa> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].

40. E-justice.europa.eu. *Specializuoti teismai* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-at-lt.do?init=true&member=1 [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
41. Oikeus.fi. *Finnish courts* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://oikeus.fi/tuomioistuimet/fi/index.html> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
42. Justice.public.lu. *Administrative jurisdictions* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://justice.public.lu/fr/organisation-justice/jurisdictions-administratives.html> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
43. Rechtspraak.nl. *Special tribunals* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.rechtspraak.nl/English/Judicial-system-and-legislation/Pages/Special-Tribunals.aspx> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
44. Sodisce.si. *Court system* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: http://www.sodisce.si/sodisca/sodni_sistem/ [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
45. The Supreme Court of Cyprus (2018). *Administrative justice in Europe*, p. 5-6 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/cyprus/cyprus_en.pdf?fbclid=IwAR1jY3pM2O8SXD8Bjr4sKfADSdw7vP_5Da6EdGppQ4ySOIUWC5YvyL8Cks [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
46. Kohus.ee. *Estonian Court System* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.kohus.ee/en/estonian-courts/estonian-court-system> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
47. Report for Spain. *Administrative justice in Europe*, p. 15-16 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/spain/spain_en.pdf?fbclid=IwAR25d4imBGCZibGekuAn1byvCORxhHdApf85N46WaRUmo5vPRCEXgCw1MHE [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
48. Adjustice.gr. *The Council of State* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: http://www.adjustice.gr/webcenter/portal/SteEn?_adf.ctrlstate=ewpa81ela_25&_afrLoop=20981019434727615#%40%40%3F_afrLoop%3D20981019434727615%26_afr.ctrl-state%3Dtae761emw_46 [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
49. Domstol.se. *Administrative courts* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.domstol.se/om-sveriges-domstolar/sa-fungerar-domstolarna/forvaltningsdomstolar/> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
50. Bverwg.de. *Structure of administrative jurisdiction* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.bverwg.de/rechtsprechung/verwaltungsgerichtsbarkeit/aufbau-der-verwaltungsgerichtsbarkeit> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
51. Lietuvos teismai (2018). *Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2019 – 2021 m. strateginis veiklos planas* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.lvat.lt/doclib/u0-71v2rtdcd25jcg56y79xj27h9a956> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
52. Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (2020). *Metinis informacinis pranešimas 2019 m.* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.lat.lt/doclib/iodxdpetabos9q1trspvg53fvjte99z1> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
53. Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (2020). *2019 metų veiklos apžvalga* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.lvat.lt/data/public/uploads/2020/03/metinis-pranesimas-2019-final.pdf> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].

54. Lietuvos teismai (2020). *Veiklos rezultatai 2019 m.* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.teismai.lt/data/public/uploads/2020/03/teismai2020.pdf> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
55. Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas(2018). *2017 metų veiklos apžvalga* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.lvat.lt/data/public/uploads/2018/03/metinis-2017.pdf> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
56. Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (2019). *2018 metų veiklos apžvalga* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.lvat.lt/doclib/sxqi7o7klukprujhd9157r2f7r-z65y5r> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 1 d.].
57. Teisė.pro. *Ribotos apeliacijos modelis administraciniame procese – iššūkis (ne)įmanomas?* [interaktyvus] (modifikuota 2019-06-02). Prieiga per internetą: <http://www.teise.pro/index.php/2019/06/02/ribotos-apeliacijos-modelis-administraciniame-procese-issukis-nei-manomas/> [žiūrėta 2020 m. gruodžio 4 d.].
58. Regionu.teismai.lt. Regionų apygardos administracinis teismas. [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://regionu.teismai.lt/veikla/apie-teisma/39> [žiūrėta 2020-12-04].

KIBERNETINIS PERSEKIOJIMAS (CYBERSTALKING): VIKTIMIZACIJOS YPATUMAI IR TEISINIO REAGAVIMO GALIMYBĖS

Gabija Panomariovaitė, Justina Zokaitė

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto 2-o kurso studentės

Saulėtekio al. 9, I rūmai, 10222 Vilnius

El. paštas: g.panomariovaite@gmail.com, justina.zokaite@gmail.com

Mokslinio straipsnio akademinė kuratorė doc. dr. Ilona Michailovič

El. paštas: ilona.michailovic@tf.vu.lt

**Mokslinio straipsnio praktinis kuratorius dr. Mantas Liesis, Šiaulių apylinkės
teismo Šiaulių rūmų teisėjas**

El. paštas: mantas.liesis@teismas.lt

Straipsnyje analizuojamas kibernetinio persekiojimo reiškiny, aptariant kibernetinio persekiojimo skirtingumą nuo vadinamo tradicinio persekiojimo (nenaudojant elektroninės erdvės) ir kibernetinį nusikaltimo pobūdį. Taip pat nagrinėjami kibernetinio persekiojimo viktimizacijos ypatumai, išskiriant būdingiausius persekiotojo ir nukentėjusio asmens požymius bei jų interakciją. Straipsnyje svarstomos teisinio reagavimo į kibernetinį persekiojimą galimybės nacionaliniu ir tarptautiniu mastu.

In the article, the phenomenon of cyberstalking is presented through the differentiation from convenient stalking (stalking without the usage of cyberspace). Moreover, cyberstalkers and their victims are characterised by distinguishing their prevalent features and interaction. Authors discuss national as well as international measures of legal response to cyberstalking crimes.

Įvadas

Technologijoms persmelkus visas gyvenimo sritis, vis plačiau imta kalbėti ne tik apie vadinamąją „tradicinį“ persekiojimą, vykdomą nenaudojant elektroninės erdvės, bet ir apie persekiojimą elektroninėje erdvėje (kibernetinį persekiojimą). Nustatytas kibernetinio persekiojimo paplitimo lygis, remiantis statistiniais duomenimis, skirtingose moksliniuose tyrimuose varijuoja nuo 3,4 proc. iki 85,2 proc. (Wilson *et al.*, 2020). To-

kius skirtingus statistinius rezultatus iš esmės lemia tai, jog iki šiol nėra vieningo sutarimo, kas yra kibernetinis persekiojimas ir kokie pagrindiniai jo požymiai (Wilson *et al.*, 2020). Vieningo požiūrio dėl kibernetinio persekiojimo nebuvimas lemia ne tik tai, jog nėra tikslių statistinių duomenų apie šio reiškinio paplitimą, bet ir tai, jog trūksta konkretesnių šio pobūdžio nusikalstamų veikų tyrimo gairių bei tikslingos pagalbos priemonių kibernetinio persekiojimo aukoms. Ekspertai pabrėžia mokslinių empirinių tyrimų šioje srityje trūkumą bei jų būtinumą (Kaur *et al.*, 2021).

Šio straipsnio tikslas – pateikus apibendrintą kibernetinio persekiojimo sąvoką, aptarti šios nusikalstamos veikos viktimizacijos ypatybes bei apibendrinti teisinio reagavimo galimybes kibernetinio persekiojimo atvejais. Straipsnio tikslas bus pasiektas analizuojant skirtingas kibernetinio persekiojimo sampratas, persekiotojų kibernetinėje erdvėje bei jų aukų ypatumus bei ryšius, aptariant Lietuvos bei užsienio valstybių teisinio reagavimo į kibernetinio persekiojimo nusikaltimus priemones, nagrinėjant Lietuvos teismų praktiką kibernetinio persekiojimo bylose. Tyrimo objektas – kibernetinio persekiojimo sąvoka, šios nusikalstamos veikos subjektas bei nukentėjęs nuo persekiojamojo elgesio asmuo, teisinio reagavimo galimybės. Rengiant šį darbą, buvo naudojami dokumentų analizės, indukcinio pažinimo, teismų praktikos analizės ir lyginamasis tyrimo metodai.

1. Persekiojimas ir kibernetinis persekiojimas: ar egzistuoja aiški riba?

Persekiojimas – itin plati sąvoka. Persekiojimu gali būti laikomas ne tik nuolatinis aukos gąsdinimas, grasinimas su ja susidoroti, bet ir daugkartinis nepageidaujamų laiškų, elektroninio pašto ir kitokių žinučių siuntimas, aukos sekiojimas, buvimas šalia jos darbo, gyvenamosios ar poilsio vietos ir pan. (Čėsniienė, Čėsna, 2006). Esminiai persekiojimo požymiai – į asmenį nukreiptas pasikartojantis, nepageidaujamas elgesys, keliantis įtampą ir (arba) baimę. Savo įkyriu elgesiu kaltininkas gali įbauginti auką, priversti ją pakeisti savo įpročius ar planus, išgyventi nuolatinį stresą ar baimę bei sukelti sunkias psichines kančias (Michailovič, 2018). 2011 m. Europos Tarybos konvencijoje dėl smurto prieš moteris ir smurto artimoje aplinkoje prevencijos ir kovos su juo (toliau – Stambulo konvencija (2011)) 34 straipsnyje persekiojimas apibrėžiamas kaip „tyčinis pasikartojantis kitam asmeniui grėsmę keliantis elgesys, dėl kurio šis asmuo jaučiasi nesaugus.“

Globalizacijos sąlygomis, persekiojimas vis dažniau persikelia ir į elektroninę erdvę. Kibernetinis persekiojimas suprantamas kaip elektroninėje erdvėje vykstantis pasikartojantis, nuolatinis priekabiavimas, įžeidinėjimas, kuriuo siekiama įbauginti auką, sukelti jai įtampą (Maple *et al.*, 2012; Marcum *et al.*, 2017; Nobles *et al.*, 2014).

1.1. Nusikalstamos veikos kibernetinis pobūdis ir jo reikšmė

Svarstant apie kibernetinio persekiojimo specifiką, gali kilti klausimas, kodėl verta kalbėti apie kibernetinį persekiojimą kaip apie atskirą fenomeną, išskiriant jį iš tradiciniu fiziniu būdu veikiančio persekiojimo reiškiniu. Juk anot P. Grabosky, kibernetiniai nusikaltimai tėra tiesiog seni nusikaltimai padaryti naujais būdais: „virtualus nusikalstamumas – tik senas vynas naujuose buteliuose“. Autorius pažymi, jog kibernetinius nusikaltimus nuo vadinamųjų „tradicinių“ skiria tik įrankis: vietoj ginklo – naudojamas kompiuteris (Grabosky, 2001). Tačiau šiuolaikiniame technologijų pasaulyje būtina kalbėti ir apie kibernetinėje erdvėje įvykdytus nusikaltimus, jų ypatybes. N. Kshetri kritikuoja P. Grabosky ir siaurina kibernetinėms nusikalstamosioms veikoms priskiriamų veikų ratą pastebėdama, jog „kibernetiniai nusikaltimai – nusikalstamos veikos, kuriose kompiuteriai ar kompiuterių tinklai yra pagrindinė, principinė priemonė padarant pažeidimą“ (Kshetri, cituota pagal Clough, 2010).

Kibernetinių nusikaltimų atveju elektroninė erdvė nėra tik nusikaltimo įrankis (ar vienas iš jų), kaip teigė P. Grabosky, tačiau tai ir vienas iš baudžiamojo įstatymo saugomų gėrių, į kuriuos kėsinamasi. R. Marcinauskaitės teigimu, elektroninėje erdvėje atliktų nusikaltimų atveju kėsinamasi ir į papildomą baudžiamojo įstatymo saugomą vertybę – elektroninės erdvės saugumą. Taigi, kibernetinių nusikaltimų atveju kalbame ne tik apie tradicinius nusikaltimus, atliktus pasitelkus modernias technologijas, tačiau ir apie atskirą teisinį gėrį į kurį kėsinamasi bei ypatumus, su kuriais susiduria kibernetinių nusikaltimų aukos bei tyrėjai (Marcinauskaitė, 2011).

Taip pat svarbu atkreipti dėmesį į tai, jog ne bet koks elektroninio prietaiso naudojimas lemia nusikalstamos veikos kibernetinį pobūdį. Ši priemonė turi būti pagrindinė, esminė padarant teisės pažeidimą, turi būti pasikėsinama į elektroninės erdvės saugumą. Todėl, pavyzdžiui, jei asmuo persekiojamas jį stebint elektroniniais žiūronais, tai dar nereiškia, jog persekiojimą laikysime kibernetiniu, nors ši veika atlikta pasinaudojant elektroniniu prietaisu. Analizuojamu atveju veika nepriklauso nuo elektroninės erdvės, nesikėsinama į jos saugumą, tad negali būti pripažįstama kibernetiniu nusikaltimu ir turėtų būti laikoma „įprastu“ persekiojimu.

Nusikaltimo kibernetinis pobūdis lemia tai, jog neišvengiamai susiduriama su naujais iššūkiais, tokiais kaip sunkumai tiriant kibernetines nusikalstamas veikas (atsižvelgiant į jų „beribiškumą“), ne visada tinkamai pritaikomas egzistuojantis teisinis reagavimas, sunkumai nustatant persekiotojo buvimo vietą. Galimos situacijos, kuomet persekiotojas veikia kitoje jurisdikcijoje, nei jo persekiojama auka. Pastebėta, jog teisėsaugos pareigūnai yra mažiau linkę vykdyti baudžiamąjį persekiojimą už kibernetinio persekiojimo nusikaltimus tais atvejais, kai asmenį reikia areštuoti ir tai reikalauja pažeidėjo ekstradicijos iš kitos jurisdikcijos (Wei-Jun, 2020).

Be to, anonimiškumas, būdingas veikiant elektroninėje erdvėje, neretai ir paskatina imtis nusikalstamos veikos. „Nusiasmeninimo“ fenomenas leidžia pažeidėjams jaustis drąsiau, nevaržomai išreikšti savo jausmus, emocijas. Todėl kartais tokio persekiojimo keliama grėsmė gali būti nepagrįsta (arba perdėta) – auka ir persekiotojas galimai niekada ir (gyvai) nesutiks. Tačiau egzistuoja pavojus, jog nebus pakankamai įvertinta grėsmė dėl sukurtos atstumo iliuzijos ir aukos nebus tinkamai apsaugotos nuo potencialios fizinės žalos (Kirwan, Power, 2013).

2001 m. Europos Tarybos Konvenciją dėl elektroninių nusikaltimų (dar vadinamąją Budapešto konvenciją (toliau – Budapešto konvencija (2001)), Valstybės žinios, 2004) pasirašiusios valstybės įsipareigoja pripažinti kriminaliniais nusikaltimais Konvencijoje numatytas veikas, atliktas elektroninėje erdvėje. Tarp šių veikų – ir klaidingų duomenų apie asmenį platinimas, rinkimas, ir nustatyti juridinių asmenų atsakomybę. Šiuo įpareigojimu tarptautinė valstybių bendrija siekia, kad valstybės, nustatydamos sunkiausią atsakomybės formą už atskirus elektroninius nusikaltimus, efektyviai kovotų su modernių technologijų pagalba daromais nusikaltimais. Konvencija taip pat įpareigoja susitariančias šalis teikti viena kitai visokeriopą pagalbą tiriant ar nagrinėjant baudžiamąsias bylas dėl elektroninių nusikaltimų. Konvencijos projektą parengė Europos Taryba kartu su JAV, Kanada, Japonija ir kitomis valstybėmis, kurios nėra šios organizacijos narės. Lietuva Konvenciją pasirašė 2003 m. birželio 23 d., o 2004 m. kovo 18 d. Lietuvos Respublikos Seimas Konvenciją ratifikavo. Konvencija Lietuvoje įsigaliojo 2004 m. liepos 1 d.

1.2. Tradicinio persekiojimo ir kibernetinio persekiojimo atbigojimas

Kibernetinio ir tradicinio, t. y. fiziniu būdu vykstančio, persekiojimų atbigojimas yra tik sąlyginis. Neapibrėžtumą, visų pirma, lemia tai, jog skirtingi autoriai nevienodai aiškina persekiojimo požymius (kurie bendri ir „tradiciniam“, ir kibernetiniam persekiojimui). Pavyzdžiui, vieni persekiojimu laiko ir tuos atvejus, kai nepageidaujami veiksmai pasikartoja 1-2 kartus (pvz. Dekeseredy *et al.*, 2019), o kiti tik tuomet, kai nepageidaujami veiksmai pakartojami bent 10 kartų (pvz., Sheridan and Grant, 2007; Wilson *et al.*, 2020).

Nesutariama ne tik dėl „tradicinio“ persekiojimo požymių, tačiau ir dėl kibernetinio persekiojimo apibrėžimo. Pavyzdžiui, P. Bocij ir L. McFarlane savo studijose apibendrina, jog „kibernetinis persekiojimas – visuma veiksmų, kuriais asmuo siekia įbauginti auką, naudodamasis informacinėmis bei komunikacijos technologijomis. Tai apima tokias formas kaip grasinimų siuntimas, nepagrįsti kaltinimai, tapatybės vagystė, žala duomenims ar informacijai, kompiuterio stebėjimas (angl. *monitoring*), nepilnamečių asmenų lenkimas tenkinti kaltininkų seksualinius poreikius bei bet kokia kita agresijos forma.“ (Bocij, McFarlane, 2003). Kita vertus, pavyzdžiui, anot E. Ogilvie, kibernetinis

persekiojimas nėra savarankiška nusikalstama veika, o konkrečios nusikalstamos veikos atlikimo būdas, kuriuo pažeidėjas siekia savo tikslų (Ogilvie, 2000).

Iš psichologinės perspektyvos į persekiojimo ir kibernetinio persekiojimo fenomenų sandūrą pabandė pažvelgti Lesterio universiteto Jungtinėje Karalystėje mokslininkai L.P. Sheridan bei T. Grant. Jie atliko tyrimą, kuriame dalyvavo persekiojamą (tiek kibernetinį, tiek paprastai paplitusį) patyrusios aukos. Tyrimo metu siekta išsiaiškinti, ar kibernetinis persekiojimas iš esmės skiriasi nuo „tradicinio“, ar tai tiesiog nauja pastarojo forma. Studijos metu pastebėta, jog šie du nusikaltimai turi savyje daugiau bendro, nei skirtingo, tačiau yra keletas skirtumų: „tradicinis“ persekiojimas buvo labiau susijęs su pokyčiais profesiniame gyvenime, tuo tarpu kibernetinis persekiojimas – su pokyčiais asmeniniame gyvenime. Pastebėta ir tai, jog teisėsaugos institucijos rimčiau vertino nusikaltimus kibernetinėje erdvėje, dažniau ėmėsi juos tirti. Tai siejama su tuo, jog neprofesionalūs kibernetiniai nusikaltėliai neretai palieka gana akivaizdžius savo nusikalstamos veikos įrodymus bei yra nesunkiai identifikuojami (Sheridan, Grant, 2007).

Kibernetinis persekiojimas taip pat gali būti apibrėžtas išskiriant jam būdingas elgesio išraiškas ir taip atribojant jį nuo „tradicinio“ persekiojimo. Dažniausiai kibernetiniu persekiojimu pripažįstami šie veiksmai (Kirwan, Power, 2013):

- 1) įkyrus, pakartotinis nepageidaujamų žinučių siuntimas elektroninėmis priemonėmis, neretai sietinas ir su grasinimais, jog kibernetinis persekiojimas persikels į fizinį pasaulį,
- 2) privачios informacijos pavišinimas elektroninėje erdvėje, sukeliant aukai gėdos jausmą, moralinę ar net finansinę žalą,
- 3) melagingos informacijos skleidimas elektroninio ryšio priemonėmis,
- 4) elektroninėse duomenų sistemose esančios informacijos apie auką rinkimas (tarkime, adreso, finansinių duomenų susižinojimas),
- 5) neapykantos kibernetinėje erdvėje kurstymas aukos atžvilgiu,
- 6) įsilaužimas į aukos kompiuterį, duomenų bazę.

Žinoma, šis sąrašas nėra baigtinis. Taip pat diskutuotina, ar iš tikrųjų visos šios veikos gali būti laikomos persekiojimu, nes dauguma jų savaime sudaro atskirą nusikalstamą veiką ir persekiojimo pobūdį joms suteikia tik atskiri požymiai: tęstinumas, įkyrumas, nepageidaujamumas, siekiamas tikslas. Be to, kaip minėta, nėra aiškos ribos tarp „tradicinio“ ir kibernetinio persekiojimo, tad dalis paminėtų elgesio variantų galėtų pagrįstai būti laikomais tiek kibernetiniu persekiojimu, tiek įprastu persekiojimu, pasitelkus elektroninius prietaisus.

Kartais kibernetiniam persekiojimui priskiriami net ir „netiesioginiai veiksmai“, tarp jų – viešos informacijos rinkimas informacinių technologijų pagalba, siekiant vėliau ją panaudoti fiziškai persekiojant asmenį (pvz. stebint pasižymėjimus (angl. *check-ins*) socialiniuose tinkluose ir tuomet pagal juos fiziškai persekiojant žmogų). Taip pat dalis autorių prie kibernetinio persekiojimo veiksmų priskiria ir sekimą, naudojant GPS įrangą, tapatybės vagystę (Wilson *et al*, 2020).

2. Kibernetinio persekiojimo viktimizacijos ypatumai

Kibernetinių nusikalstamų veikų identifikavimui ir jų atskyrimui nuo kitų panašaus pobūdžio bei pavojingumo nusikalstamų veikų didelę įtaką turi tam tikri pažeidėjų ir nukentėjusiųjų bruožai. Ypač svarbu išskirti nuo nusikalstamos veikos nukentėjusiųjų ir persekiotojų bruožus, norint atpažinti kibernetinį persekiojimą, ieškant efektyvių būdų, sudarančių galimybę užkirsti kelią tokių nusikalstamų veikų padarymui, bei siekiant suteikti būtiną pagalbą jų aukoms.

2.1. Aukos ir kibernetinio persekiojo portretai

Didžiausia problema, su kuria susiduria teisėsaugos institucijų atstovai ir kriminologai yra ta, kad labai sunku identifikuoti kibernetinį persekiojimą kaip nusikalstamą veiką ir atskirti, kuomet ypač aktyvus dėmesys kitam žmogui peržengia ribas ir tampa tokiu įkyriu, jog jis galėtų tapti nusikaltimu. Neretai kibernetinio persekiojimo aukos net nežino, kad yra sekamos. Tai lemia platus informacijos pasiekiamumas internete, persekiojojo anonimiškumas. Persekiotojams labai lengva susirasti auką, likti nepastebėtais ir neatsakyti už savo padarytus veiksmus. Net ir vidutiniam interneto vartotojui nėra sunku nuslėpti savo tapatybę, per kelias sekundes pakeisti ar ištrinti visus duomenis, taip panaikinant bet kokius įrodymus, susijusius su tapatybės internete identifikavimu.

Analizuojant kibernetinio persekiojimo esmę minėta, kad kibernetinis persekiojimas pasireiškia skirtingais veiksmis. Kai kurie veiksmai iš pažiūros – perdėto susidomėjimo asmeniu pasekmė, siekiant sužinoti kuo daugiau informacijos apie jį, atkreipti to asmens dėmesį, o kiti – tyčinis asmeninio gyvenimo pažeidimas, kėsینimasis į garbę ir orumą, kartais netgi gyvybę. Dažnai tik atsiradus sunkiems padariniams – sunkiam sveikatos sutrikdymui ar net gyvybės atėmimui, į prieš tai buvusį aukos persekiojimą imama žiūrėti rimtai. Yra nemažai pasauliniu mastu paplitusių atvejų, kai jauni žmonės, dažniausiai moksleiviai, studentai, kurie yra paveikti kibernetinio persekiojimo padarinių, nusižudo. Pavyzdžiui, Kanadoje penkiolikmetė mergina nusižudė po to, kai buvo išplatintos jos nuogo kūno nuotraukos, jai buvo nuolatos grasinama, keliamas psichologinis smurtas (BBC news, 2017).

Kibernetinių nusikaltimų tyrinėtojai G. Kirwan ir A. Power susistemino skirtingų mokslininkų pastebėjimus ir išskyrė persekiotojams būdingus tam tikrus elgesio bruožus (Kirwan, Power, 2013). Atsižvelgdamos į tyrėjų išskirtus bruožus galėtume suskirstyti persekiotojus į dvi kategorijas pagal jų asmenybės būdą:

- 1) Pirmoji persekiotojų kategorija apimtų tuos, kurie siekia savo auką įbauginti ir neslėpdami tai daro. Šiai kategorijai būdingi atviri grasinimai žinutėmis, neretai jie gali apimti ir trečiuosius asmenis, grasinama ne tik aukai, bet ir aukos arti-

miesiems, taip pat šiai kategorijai būdingas asmeninių duomenų nutekimas ir išplatimas internetinėje erdvėje - tai gali būti melagingi pranešimai, seksualinio pobūdžio skelbimai, tam tikruose forumuose nurodant persekiojamo asmens telefono numerį ar namų adresą, kuriais siekiama apšmeižti auką, suteršti jos reputaciją. Persekiotojai taip elgiasi iš keršto, pavydo (dažniausiai tai persekiojimas artimoje aplinkoje, buvę partneriai arba kai asmuo asmeniškai pažįsta auką, pvz., kai santykiai jau iširo).

- 2) Antroji persekiotojų kategorija – tai asmenys, kurie yra susižavėję savo auka ir renka informaciją, norėdami ją pažinti: domisi asmeniniu gyvenimu, seka kiekvieną žingsnį, dažnai siunčia dovanas savo aukai ir bando neva atsitiktinai susitikti su savo „dievaičiu“. Tokie persekiotojai dažniausiai nori atkreipti aukos dėmesį, jie nesiekia pakenkti savo aukai arba nesuvokdami tą daro. Šiai kategorijai galima priskirti įkyrius gerbėjus – tai persekiotojai, kurie persekioja įžymius žmones (roko ar kino žvaigždes ir pan.).

Atlikta nemažai tyrimų, siekiant nustatyti, kas yra būdinga kibernetiniams persekiojams ir jų aukoms. Tyrimų duomenimis, kaltininkai apskritai gali turėti sunkių emocinių sutrikimų, yra linkę patirti ar kada nors patyrę depresijos požymių, asmenybės sutrikimų, jiems būdingos dažnos nuotaikų kaitos, neretai yra priklausomi nuo psichotropinių ar svaigųjų medžiagų, gali turėti pykčio ar pavydo sutrikimų (Fansher and Randa, 2019; Pereira and Matos, 2016). Dažniausiai tai asmenys, kurie turi labai skurdų emocinį ryšį su savo tėvais, neretai tai tėvų smurto, neprižiūrėjimo pasekmė (Douglas and Dutton, 2001). Alexy *et al.* (2005) savo tyrimuose taip pat yra pastebėjęs, kad persekiotojai dažnai patys prisiima aukos vaidmenį ir grasiina nusižudysiantys. Taip jie manipuliuodami siekia emociškai paveikti auką tam, kad pastaroji elgtųsi norimu būdu. N. Al Mutawa *et al.*, pasitelkę elgesio įrodymų analizę (angl. *Behavioural Evidence Analysis*), nustatė, kad netgi 80 proc. kibernetinių persekiotojų yra vyrai. Dauguma jų ištirtų atvejų metu „60 proc. moterų buvo persekiojamos vyrų ir 20 proc. atvejų vyrai persekiojo tos pačios lyties asmenis“ (N. Al Mutawa *et al.*, 2016).

Remiantis Europos Sąjungos (ES) pagrindinių žmogaus teisių agentūros (FRA) atliktu tyrimu, 18 proc. moterų yra patyrusios kibernetinį persekiojimą. Reikia pastebėti, kad daugelis atvejų net nepatenka į teisėsaugos institucijų akiratį, todėl duomenys realiaame gyvenime skiriasi. Nemažai tyrimų rodo, kad aukos dažniausiai yra jaunos moterys, tačiau vis dažniau pasitaiko ir vyrų, persekiojamų moterų (Hutton, Haantz, 2003; Dreßing *et al.*, 2014). Organizacijos, kovojančios su internetiniu priekabiavimu (angl. *Working to Halt Online Abuse* (toliau - WHOA)), 2013 metų atliktais tyrimais nustatyta, kad net 38 proc. aukų yra jauno – 18-30 metų amžiaus, o 52 proc. visų aukų yra vienišos. Reys *et al.* (2018) atliktais tyrimais iš didžiausiuose universitetuose apklaustų 1987 studentų, 3,4 proc. buvo kibernetinio persekiojimo aukomis per pastaruosius metus (Reyns, Fisher, Randa, 2018 cituota pagal Fissel, 2019).

Dažnai persekiojimo aukoms pasireiškia neigiami emociniai padariniai, net jei jos niekada nebuvo sutikusios savo persekiotojo. Tai lemia nuolatinis stresas dėl savo grovės. Net 41,6 proc. aukų vengia kreiptis į teisėsaugos institucijas, nes „bijo tolimesnės įvykių raidos, aplinkinių pašių ir kaltinimo dėl joms įvykusių įvykių“ (Haider M. al-Khateeb *et al.*, 2017). Persekiojimo aukos įprastai jaučia baimę, kad yra sekamos, arba kad gali nutikti kažkas blogo joms ar jų artimiesiems. Kai kurie nukentėjusieji netgi ima kaltinti save ir nerimauja, kai jų persekiotojas nusižudo ar kitaip save pradeda žaloti. WHOA organizacijos duomenimis, dažnai emocinės pasekmės pasireiškia nuolatiniu stresu, baime, paranoja, tai gali peraugti į depresiją ar potrauminio streso sindromą (WHOA, 2012). Melagingos informacijos paskleidimas socialiniuose tinkluose, forumuose, nuolatinis elektroninių laiškų, žinučių siuntimas gali asmenį paveikti labiau nei įprasti persekiojimo veiksmai. Tokia pasidalinta klaidinga informacija gali pasiekti labai didelę žmonių auditoriją ilgą laiką, kadangi net ir ištrynus informaciją, ji kurį laiką lieka „debesies“ duomenų saugyklose (van der Aa, S., 2011). Tyrimų duomenimis, pasekmės aukoms gali būti labai skausmingos ir tęstis nuo kelių mėnesių iki kelerių metų, dažnai prireikia specialios kompleksinės pagalbos. Padariniai persekiojimą patyrusiems asmenims pasireiškia ne vien tik psichologiškai, bet ir fiziologiškai, pvz., gali sutrikti miego ritmas, atsirasti valgymo sutrikimų. Taip pat nukentėjusieji dėl kibernetinio persekiojimo gali patirti ir materialinių nuostolių (sugadintas turtas, ryšio operatorių, namų spynų keitimas ir pan.) (Kaur. P, *et al.* 2021).

2.2. Kibernetinio persekiotojo ir aukos interakcija

Remiantis mokslinių tyrimų duomenimis, yra skiriami du ryšiai, kurie sieja kibernetinį persekiotoją su savo auka. Šis ryšys yra susijęs su prieš tai mūsų išskirtomis persekiotojų kategorijomis:

- 1) Tai gali būti asmeninis ryšys, kai persekiotojas pažįsta auką asmeniškai, yra su ja susidūręs, bendravęs kiek artimiau, nei traukinyje susitikę pakeleiviai. Dažniausiai tai susiję su romantiniais santykiais: arba tai jau pasibaigę jūdvių (aukos ir pažeidėjo) santykiai, arba persekiotojas jaučia simpatiją savo aukai (Dimond *et al.*, 2011; Joseph, 2003; McEwan *et al.*, 2009; Fissel, 2019). Kitaip tariant, tai – intymūs partneriai arba praeityje buvę intymūs partneriai. Statistikos duomenimis net 47 proc. kibernetinio persekiojimo atvejų yra susiję su buvusių partnerių persekiojimu (WHOA, 2013). Tai - nelaimingų santykių pasekmė, kai vienas iš partnerių negali susitaikyti su mintimi, kad jie jau nebekartu ir tokiais veiksmais bando arba susigrąžinti savo antrąją pusę, arba jai atkeršyti. Persekiojama dažnai ir dėl jaučiamos simpatijos, neturėjus su auka intymiesnio ryšio. Šiuo atveju motyvai panašūs: arba noras sukurti santykius, arba kerštas, kad negali būti kartu. Dažniausiai toks kerštas ir kyla dėl artimų santykių nebuvimo, atstūmimo.

- 2) Kita (kibernetinio) persekiotojo ir jo aukos tarpusavio ryšio kategorija – nepažįstamieji. Tokie persekiojimo atvejai pasitaiko rečiau. Dažniausiai šiai kategorijai priskiriami įkūrūs garsenybių gerbėjai. Jie simpatizuoja įžymybėms, bando prieiti, pelnyti jų palankumą. Tokiems persekiotojams lengviau rasti prieigą prie savo aukų, kadangi šios – vieši asmenys. Taip pat šiai kategorijai galima priskirti ir teisės saugos pareigūnus, kurie yra persekiojami jų sulaikytų asmenų. Tačiau pasitaiko atvejų, kai yra persekiojami ir nevieši asmenys, kurie nėra tiesiogiai tarpusavyje susiję. Puikus to pavyzdys būtų – JAV New Casle valstijos byla: būsimas teisės studentas Ho Ka Terence Yung 2014 metais bandė įstoti į teisės mokyklą, tačiau nesėkmingai. Galiausiai jis įstojo į kitą teisės mokyklą, kurioje studijuoti nenorėjo. Tuomet iš pykčio, kad nepavyko įstoti į norimą koledžą, jis pradėjo persekioti jį testavusį asmenį, dėl kurio Yung manė, kad neįstojo. Persekiotojas universiteto atstovo vardu internete platino žiaurius, rasistinius pranešimus, apsimetęs kitos lyties asmeniu parašė atsiliepiamą į mokyklos tinklą, kaltindamas auką seksualiniu priekabiavimu interviu metu, talpino pranešimus, kad auka seksualiai išnaudoja vaikus, taip pat pornografiniuose tinklapiuose talpino reklamas, nurodymas savo persekiojamo žmogaus duomenis, namų adresą bei telefono numerį. Dėl to universiteto atstovui nuolat skambindavo nepažįstami asmenys, atvykdavo į jo namus. Persekiojimas tęsėsi 18 mėnesių, tai sukėlė labai didelę emocinę traumą persekiojamam žmogui ir jo šeimai, nes jie jautė nuolatinę įtampą dėl bet kokių telefono ar durų skambučių. Šis pavyzdys iliustruoja, kad šiai kategorijai yra būdingas kerštas, tačiau pats kerštas dažniausiai kyla ne iš romantinių jausmų persekiojamajam žmogui, gretinant su pirmąja kategorija, o iš pažeidėjo pavydo aukai dėl tam tikrų pasiekimų, sėkmės ar net nusivylimų savo asmeninio gyvenimo nesėkmėmis.

Apibendrinant aukos ir kibernetinio persekiotojo ryšį, galima daryti išvadą, kad tiek asmeniniais santykiais susijusios aukos ir persekiotojai, tiek visai nepažįstamų žmonių ryšio motyvai iš dalies persidengia. Tačiau pirmajai kategorijai būdingas motyvas, dėl ko persekiojamas žmogus, yra noras būti kartu. Ir nors nepažįstamųjų kategorijoje kartais pasireiškia pažeidėjo noras suartėti su auka, bet pagrindinis motyvas – kerštas. Bet kuriuo atveju, su kibernetiniu persekiojimu susidūrę žmonės (ir jų artimieji) patiria žalingas pasekmes.

3. Teisinio reagavimo galimybės

3.1. Užsienio valstybių praktikos apžvalga

Norint suprasti teisinio reagavimo į kibernetinį persekiojimą galimybes Lietuvoje, pirmiausia reikėtų išanalizuoti užsienio valstybių praktiką. Visų pasaulio valstybių, kuriose viena ar kita forma kibernetinis persekiojimas yra kriminalizuotas, aptarimas

šiam straipsnyje būtų sudėtingas, todėl čia apžvelgiamos tik kai kurių valstybių (JAV, Jungtinės Karalystės bei Indijos ir Pakistano) patirtys. Kai kurios straipsnyje aptariamos valstybės (pavyzdžiui, JAV) yra laikomos atsakomybės už kibernetinį persekiojimą pradininkėmis, nubrėžusiomis teisinio reglamentavimo vektorius kitoms pasaulio valstybėms. Tuo metu kitose valstybėse ieškoma būdų, kaip sustabdyti tokių veikų plitimą. Dažnai valstybės neturi įtvirtinusios specialios kibernetinio persekiojimo normos ir teisinius santykius, susijusius su kibernetiniu persekiojimu, reguliuoja bendro pobūdžio normomis, numatančiomis teisinę atsakomybę už grasinimus, asmeninių duomenų naudojimą, platinimą bei kitas nusikalstamas veikas.

3.1.1. Teisinis reguliavimas Jungtinėse Amerikos Valstijose

Jungtinės Amerikos Valstijos (JAV) yra viena iš pirmųjų valstybių, kuri kriminalizavo bendro pobūdžio persekiojimą (1990). Tačiau kibernetinio persekiojimo kriminalizavimo poreikį sąlygojo 1999 metų Kalifornijos¹ įvykis, kuomet vyrui, kuris platino melagingus pranešimus internete, nurodydamas aukos, kuri tariamai pageidavo būti išžaginta, duomenis (telefono numerį ir namų adresą), buvo paskirta šešerių metų laisvės atėmimo bausmė. Toks teismo suformuotas precedentas lėmė persekiojimo kriminalizavimo tendencijos paplitimą ne tik JAV, bet ir kitose pasaulio valstybėse (Kanada, Australija, Naujoji Zelandija, Japonija, kai kurios Europos valstybės) (S. van der Aa, 2011).

Kadangi kibernetinis persekiojimas JAV nėra federalinis nusikaltimas, kiekviena valstija turi galimybę savarankiškai nusistatyti baudžiamąją atsakomybę už veikas, kurios pripažįstamos kibernetiniu persekiojimu. 2017 m. duomenimis, 8 iš 50 JAV valstijų yra įtvirtinusios teisinę atsakomybę už kibernetinį persekiojimą (Stalking Resource Center, 2017). Pabrėžtina, kad JAV išskiriamos dvi sąvokos: kibernetinis persekiojimas ir kibernetinės patyčios (angl. *cyberbullying*) ir taiko skirtingus teisinius metodus. Kibernetinių patyčių sąvoka susijusi su nepilnamečių veikla internete, o jeigu veiką daro suaugusieji - vartojamas „kibernetinio persekiojimo“ terminas.

XX a. pabaigoje, po eilės garsenybių susidūrimo su persekiojimu elektroninėje erdvėje ir ne tik, JAV įstatymo leidėjo dėmesys nukrypo į netinkamą kibernetinių patyčių ir elektroninio persekiojimo problemą: nors įstatymai apėmė persekiojimą, neteisėtą kompiuterinių išteklių naudojimą, tačiau reikėjo konkretesnio reguliavimo. 1990 m. Federalinė vyriausybė, o taip pat ir 50 JAV valstijų priėmė įstatymų projektus susijusius

¹ Remiantis Modena tyrimo duomenimis, JAV valstija Kalifornija nebuvo pirmoji, kuri kriminalizavo persekiojimą 1990 metais, Danija jau buvo tai kriminalizavusi 1933 metais (Modena Group on Stalking, Protecting women from the new crime of stalking: A comparison of legislative approaches within the European Union. Final report (University of Modena and Reggio Emilia for the European Commission, 2007), p. 79). Tačiau Kalifornijos atvejis paskatino tarptautinį susidomėjimą ir šio nusikaltimo kriminalizavimą tarptautiniu lygiu, todėl tai laikoma persekiojimo kriminalizavimo pradžia.

su persekiojimo kriminalizavimu (Spitzberg & Hoobler, 2002). Kaip jau buvo minėta, pirmasis teismo precedentas susijęs su kibernetiniu persekiojimu buvo suformuotas Kalifornijos valstijos teismo 1999 metais. Šiuo konkrečiu atveju pirmą kartą buvo pritaikytas 1990 metų įstatymas dėl kompiuterinių užpuolimų ir grasinimų. Galiausiai, Kalifornijos baudžiamojo kodekso 646.9 straipsnyje buvo įtvirtinta baudžiamoji atsakomybė už persekiojimą: „asmuo, kuris tyčia, piktybiškai ir sistemingai seka arba tyčia ir piktybiškai priekabiauja prie kito asmens ir kuris kelia patikimą grėsmę baimintis dėl jo ar artimos šeimos saugumo, baudžiamas už persekiojimą, už kurį skiriama bausmė – laisvės atėmimas apygardos kalėjime ne daugiau kaip vieneriems metams arba (ir) ne didesnė kaip tūkstančio dolerių (1 000 USD) bauda arba laisvės atėmimas valstybiniam kalėjime“ (California Penal code, 2020).

Kalifornija – viena iš nedaugelio valstybių, kurioje įtvirtintas persekiojimas ir civiliniame kodekse. Taip pat Kalifornijos civilinio kodekso 1708.7 straipsnyje nurodomi pagrindai, kuriais remdamasis asmuo gali paduoti savo persekiotoją ir jo bendrininkus į teismą dėl žalos atlyginimo už kibernetinį persekiojimą. Iš kitų JAV valstijų galima būtų išskirti Teksaso valstiją, kadangi ji yra pirmoji ir vienintelė, kuri kibernetinio persekiojimo sąvoką yra 2001 metais įtvirtinusi atskirame Elektroninės komunikacijos teisės akte (angl. *The Electronic Communications Act*), kuriuo aiškiai uždraustas internetinis persekiojimas, priekabiavimas internete ir kitos piktnaudžiavimo internetu formos. Teksaso valstijoje tokie nusikaltimai yra laikomi sunkiais, kurie yra įvardinami kaip psichinės prievartos forma.

3.1.2. Teisinio reagavimo į kibernetinį persekiojimą Europoje ypatumai

Viena iš pirmųjų šalių, kuri pradėjo kriminalizuoti elektroninius nusikaltimus Europoje yra Didžioji Britanija. 1988 metais buvo priimtas atskiras teisės aktas, ribojantis piktavališką elektroninę komunikaciją (angl. *Malicious Communications Act*), kuriame buvo apibrėžtas iki tol niekur neįtvirtintas naujas teisės pažeidimas: nepadorių, įžeidžiančių ar grasinančių elektroninių pranešimų ar kitokių elektroninių žinučių siuntimas kitam asmeniui. Vėliau, 1997 metais Didžioji Britanija reglamentavo Apsaugos nuo persekiojimo teisės aktą (angl. *Protection from Harassment Act*), kuris pirmą kartą Europoje įtvirtino persekiojimą kaip nusikaltimą. Šiame akte kalbama ir apie persekiojimą pasitelkiant elektronines priemones, šnipinėjimą internetu.

Europoje esminę reikšmę kriminalizuojant persekiojimą turėjo Budapešto (2001) ir Stambulo (2011) konvencijos. Budapešto konvenciją (2001) ratifikavusios valstybės įsipareigojo kriminalizuoti nusikaltimus, daromus elektroninėje erdvėje. Konvencijoje elektroninis persekiojimas nėra įvardijamas, tačiau 2003 m. Strasbūre buvo pasirašytas minėtos konvencijos Papildomas protokololas dėl rasistinio ir ksenofobinio pobūdžio veikų, padarytų naudojantis kompiuterinėmis sistemomis, kriminalizavimo. Protokole

numatyta, kad bet koks veiksmas elektroninėje erdvėje (vaizdas, žinutė ar kt.) naudojantis kompiuterine sistema, propaguojantis, skatinantis arba kurstantis neapykantą, diskriminavimą ar smurtą, nukreiptą prieš asmenį arba asmenų grupę dėl rasės, odos spalvos, kilmės arba tautinės ar etninės kilmės, taip pat religijos, yra kibernetinis nusikaltimas už kurį turi būti taikoma baudžiamoji atsakomybė. Šie požymiai atspindi kibernetinio persekiojimo veikos vienus iš elementų, tačiau reikia pabrėžti, kad asmens kibernetinis persekiojimas kaip atskiras kibernetinis nusikaltimas šioje konvencijoje nėra įtvirtintas, todėl kibernetinio persekiojimo kriminalizavimas šį Papildomą protokolą ratifikavusių valstybių nėra įpareigojantis.

Stambulo konvencija (2011) įpareigoja jas ratifikavusias valstybes imtis sisteminių priemonių prieš moterų smurtą artimoje aplinkoje ir viešojoje erdvėje. Kai kurios Europos valstybės (pavyzdžiui, Vokietija), įgyvendindamos Stambulo konvencijos nuostatas, įsteigė teisininkų biurus, kurių specializacija yra susijusi išimtinai tik su įvairaus pobūdžio persekiojimu, taip pat ir kibernetiniu.

3.1.3. Teisinis reagavimas į kibernetinį persekiojimą besivystančiose šalyse

Kibernetinis persekiojimas kriminalizuojamas ir besivystančių šalių įstatymuose. Tarp tokių valstybių galima būtų paminėti Indiją ir Pakistaną, kurios apibrėžia kibernetinio persekiojimo sąvoką įstatymuose ir numato sankcijas už šį nusikaltimą. Indijos baudžiamajame kodekse prie asmens persekiojimo paminima, kad kai kurie persekiotojo veiksmai gali būti atlikti pasitelkus elektroninę erdvę. 2013 metais Indijos parlamentas priėmė Indijos baudžiamajo kodekso pataisą, kurioje įtvirtino kibernetinį persekiojimą, kaip vieną persekiojimo rūšių. Tačiau pažymėtina, kad už šį nusikaltimą yra baudžiami tik vyrai. Taip yra dėl to, kad dauguma Indijos įstatymų numato teises ir pareigas tik vyrams. Indijos baudžiamajo kodekso 354D. straipsnis „Persekiojimas“ (angl. *stalking*) numato, jog „bet kuris vyras, i) kuris nuolatos seka moterį ir įvairiais būdais kontaktuoja ar bent bando kontaktuoti su ja tam, kad užmegztų asmeninį ryšį, nepaisydamas to, jog minėta moteris aiškiai rodo savo abejingumą ir nenorą bendrauti arba ii) kuris aktyviai seka ir prižiūri (angl. *monitoring*) visą moters veiklą internete, elektroniniame pašte ar kitose elektroninės komunikacijos platformose <...> už pirmą kartą įvykdytą tokių nusikaltimų gali būti baudžiamas laisvės atėmimu iki trejų metų, taip pat gali grėsti bauda, o už pakartotiną – gali būti baudžiamas laisvės atėmimu iki penkerių metų ir gali būti paskirta bauda.“ Šio straipsnio antroji dalis išskiria požymius, kurie būdingi kibernetiniam persekiojimui.

Pakistanas 2007 metais išleido elektroninių nusikaltimų prevencijos įstatymą (*Prevention of Electronic Crimes Ordinance, 2007*), kurio 13-ame straipsnyje yra uždraudžiamas kibernetinis persekiojimas, už kurį numatomas laisvės atėmimas iki 10 metų ir (arba) 10000 rupijų bauda.

Apibendrinant, didžiausia problema, reaguojant į kibernetinį persekiojimą, nėra teisinio reguliavimo trūkumas, nes valstybės randa būdų kaip kovoti su kibernetiniu persekiojimu. Tačiau, net jei yra teisinis atsakomybės reglamentavimas, didelė problema yra kibernetinio persekiojimo atpažinimas ir baudžiamųjų priemonių taikymo galimybės. Remiantis atliktais tyrimais, nors veika ir teisiškai pripažįstama kibernetiniu persekiojimu, ją sudėtinga įrodyti.

3.2. Teisinio reagavimo nacionalinės teisės priemonėmis galimybės

Fizinio asmens teisė į privataus gyvenimo neliečiamybę garantuojama Lietuvos Respublikos Konstitucijoje (22 str.), Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijoje (7 str.), Lietuvos Respublikos civilinio kodekso (toliau – CK) 2.23 straipsnyje.

CK 2.23 straipsnis reglamentuoja asmens teisę į privatų gyvenimą ir jo slaptumą. Šio straipsnio 1 dalyje nurodyta, kad fizinio asmens privatus gyvenimas neliečiamas. 2-oje dalyje įvardijama, jog privataus gyvenimo pažeidimu laikomos ir tokios veikos kaip neteisėtas asmens stebėjimas, asmens telefoninių pokalbių, susirašinėjimo ar kitokios korespondencijos bei asmeninių užrašų ir informacijos konfidencialumo pažeidimas, duomenų apie asmens sveikatos būklę paskelbimas pažeidžiant įstatymų nustatytą tvarką bei kitokie neteisėti veiksmai. Taigi, kibernetinio persekiojimo atvejais yra pažeidžiama šiame CK straipsnyje įtvirtinta asmens teisė. Tokiu atveju, kaip įtvirtinta CK 2.23 straipsnio 4 dalyje, yra pagrindas pareikšti ieškinį dėl tokiomis veiksmais padarytos turtinės ir neturtinės žalos atlyginimo.

Šiuo metu Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso (toliau – BK) Specialiojoje dalyje nėra atskiro straipsnio, konkrečiai numatančio teisinę atsakomybę už būtent neteisėtą asmens persekiojimą, tiek įprastą, tiek kibernetinį. Remiantis 2017 m. tyrimo apie persekiojimo kriminalizavimo tendencijas Europos Sąjungoje duomenimis, persekiojimas yra kriminalizuotas daugumoje ES šalių – 21 valstybėje už šią veiką taikoma baudžiamoji atsakomybė (Van der Aa, 2018).

Dalis Europos valstybių kriminalizavo persekiojimą ratifikuodamos Stambulo konvenciją. Kartu svarbu paminėti, jog Stambulo konvencijos 78 straipsnio 3 dalis sutartį pasirašančioms valstybės numato teisę pareikšti išlygą dėl Konvencijos 34 straipsnio („Persekiojimas“) ir už persekiojimą numatyti nebaudžiamąsias sankcijas. Lietuvoje Stambulo konvencija, nors ir buvo pasirašyta 2013 metais, kol kas nėra ratifikuota. Jos ratifikavimas galimai padėtų žengti pirmuosius žingsnius sprendžiant teisinio reguliavimo neapibrėžtumo persekiojimo atvejais klausimą.

2019 m. liepos 25 d. trijų Seimo narių grupė pateikė Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso papildymo 167¹ straipsniu įstatymo projektą, kuriame siūloma įtvirtinti: „Tas, kas prieš aiškiai išreikštą žmogaus valią sistemingai persekiojo šį žmogų bandydamas susisiekti su juo tiesiogiai, per kitus asmenis, raštu ar elektroninių ryšių prie-

monėmis, padarė baudžiamąjį nusižengimą, baudžiamas viešaisiais darbais arba bauda, arba laisvės apribojimu, arba areštu.“ Pastebėtina, jog šio įstatymo projekte numatoma atsakomybė ir už kibernetinį persekiojimą. Projekto aiškinamajame rašte teigiama, jog „šiuo metu atsakomybė už persekiojimą, kaip veiką, pasižymintį aktyviu įkyrių kontaktu su persekiojamu asmeniu, kai persekiojamas asmuo yra išreiškęs valią neturėti kontakto su persekiotoju, nėra nustatyta.“

Lietuvos Respublikos Vyriausybė nutarimu nepritarė šiam projektui, argumentuodama, jog „kriminalizavus sistemingą siekį kontaktuoti su asmeniu prieš jo valią, neatsižvelgiant į siekiamo kontakto pobūdį ir tikslus, taip pat neįvertinant tokio kontakto sukeltamų padarinių, baudžiamoji atsakomybė iš esmės taptų neapibrėžta ir neadekvati veiksmų pavojingumui.“ Lietuvos Respublikos Vyriausybės atstovai pastebi, jog daugumoje užsienio valstybių, kuriose persekiojimas yra kriminalizuotas, jo sudėtis yra materiali. Priimtame nutarime akcentuojama, jog persekiojimo kriminalizavimas galimai paneigtų baudžiamosios teisės kaip *ultima ratio* prigimtį, prieštarautų proporcingumo principui.

BK papildymo 167¹ straipsniu įstatymo projektas Seime svarstytas 2019 metų rugsėjo 19 d. posėdyje, kuriame bendru sutarimu nutarta pritarti šiam projektui, pradėti jo svarstymo procedūrą bei paskirti Teisės ir teisėtvarkos bei Žmogaus teisių komitetus šiam projektui svarstyti. Įstatymo projektui pritarė Seimo Žmogaus teisių komitetas. Visgi dalis BK priežiūros komiteto prie Teisingumo ministerijos narių BK papildymo įstatymo projektui nepritarė arba pritarė tik iš dalies². 2020 metų balandžio 23 dieną turėjo įvykti įstatymo projekto svarstymas Teisės ir teisėtvarkos komitete, tačiau svarstymas neįvyko. Klausimas dėl BK papildymo 167¹ straipsniu 2020 m. rugsėjo 22 d. buvo įtrauktas į LR Seimo IX (rudens) sesijos darbų programą, tačiau išspręstas nebuvo.

² Pvz., Vilniaus miesto apylinkės teismo pirmininkas M. Kursevičius projektui nepritarė ir pastebėjo, jog „siūlomu projektu iš esmės sudaroma galimybė kriminalizuoti net ir neutralaus ar pozityvaus pobūdžio kontakto su kitu asmeniu paieškas“. Taip pat teisėjas siūlo įtraukti persekiojimą į BK XIX skyrių „Nusikaltimai, pavojingi žmogaus sveikatai ir gyvybei“, kadangi asmens psichinė sveikata ginama būtent pastarajame BK skyriuje numatytuose straipsniuose įtvirtintomis teisės normomis. Lietuvos apeliacinio teismo teisėjas dr. J. Namavičius projektui pritarė iš dalies argumentuodamas, jog baudžiamoji sankcija yra adresatai labiausiai apsinokinantis, bet iš nukentėjusiojo pozicijos nebūtinai pats efektyviausias būdas užkirsti kelią persekiojimui. Teisėjas atkreipė dėmesį, jog „esama tikimybės, kad siūlomas įstatymas taps simboliškai išraiškina, bet praktikoje „mirusia“ norma ir siūlo prieš papildant BK apsvarstyti alternatyvius kelius.“ Specialiųjų tyrimų tarnybos atstovė R. Kaziliūnaitė irgi akcentavo būtinybę svarstyti persekiojimo kriminalizavimu siekiamų tikslų siekimą civilinės ar administracinės teisės priemonėmis. Be to, pastebėjo, jog Žmogaus teisių komitetas, remdamasis tarptautine patirtimi, yra ne kartą pasisakęs už civilinio apsaugos orderio institutą smurto artimoje aplinkoje atveju. BK pakeitimo projektui nepritarė ir Generalinio prokuroro pavaduotojas D. Karčinskas, pastebėjęs, jog „intensyvus persekiojimas, pasižymintis grasinimais ir bauginimais, t. y. pavojingiausias jo formos, BK jau yra kriminalizuotos“. Tokios pat pozicijos laikėsi ir Policijos departamento atstovai, kurių teigimu, „atskiras baudžiamojų įstatymo priėmimas dėl asmens persekiojimo laikytinas pertekliniu.“

Minėto BK pakeitimo priėmimas gali turėti lemiamą reikšmę baudimo už kibernetinio persekiojimo kontekste – tokio pobūdžio veika taptų atskira nusikalstama veika, įtvirtinta BK.

3.3. Lietuvos teismų praktikos ypatumai kibernetinio persekiojimo atvejais

Šiuo metu baudžiamoji atsakomybė kibernetinio persekiojimo atvejais taikoma tuomet, kai dalis kibernetinio persekiojimo veiksmų sudaro atskirą nusikalstamą veiką. Teismai, nagrinėdami bylas, kuriose sprendžiamas atsakomybės už kibernetinį persekiojimą klausimas, dažniausiai remiasi BK normomis, nustatančiomis atsakomybę už terorizavimą (BK 145 str.), šmeižimą (BK 154 str.), asmens privataus gyvenimo neliečiamumo pažeidimą (BK XXIV skyrius).

3.3.1. Grasinimas nužudyti, sunkiai sutrikdyti sveikatą, terorizavimas (BK 145 str.)

2019 m. gruodžio 6 d. Kauno apygardos teismas apeliacine tvarka priėmė nuosprendį byloje Nr. 1A-224-813/2020. Šioje byloje teismas mini persekiojimo sąvoką. Remiantis nuosprendyje pateiktos informacijos analize, galima daryti išvadą, jog persekiojimą šiuo atveju galima pripažinti kibernetiniu, nes asmens persekiojimas pasireiškė intensyviu, įkyriu, pakartotinio pobūdžio nepageidaujamų žinučių siuntimu elektroninėmis priemonėmis, neretai grasinančio pobūdžio, melagingos informacijos sklaidimu elektroninėje erdvėje. Nuteistoji trims nukentėjusiesiems kelių mėnesių laikotarpiu išsiuntė tūkstančius SMS žinučių, šimtus elektroninių laiškų, kuriuose grasino fiziniu smurtu, šmeižė, įžeidinėjo, vadino necenzūriniais žodžiais. Taip pat nukentėjusiesiems nuteistoji skambino šimtus kartų. Kiti įmonės darbuotojai taip pat jautėsi įbauginti. Remiantis liudytojos parodymais, ji net skambino vyrui, kad ateitų pasitikti grįžtant iš darbo, nes bijojo eiti namo viena. Persekiojimas persikeldavo ir į fizinį pasaulį – nukentėjusieji buvo persekiojami ir viešose erdvėse, lankytasi prie jų darbovietės. Kauno apygardos teismas konstatavo, jog „nekyla jokių abejonių, kad nukentėjusieji patyrė psichologinį diskomfortą, nervinę įtampą, nerimą, baimę ir stresą, buvo trikdoma tiek darbinė jų veikla, tiek kenkiama asmeninio gyvenimo kokybei.“

Atkreiptinas dėmesys, kad anot BK papildymo 167¹ straipsniu įstatymo projekto autorių, tokiais atvejais kaip aptariamasis, nėra terorizavimo, numatyto Lietuvos BK 145 straipsnyje, sudėties ir baudžiamoji atsakomybė už persekiojimą negalėtų būti taikoma: „<...> vertinant, ar asmuo terorizavo, ar sistemingai baugino žmogų, reikalaujama itin didelio veikos intensyvumo, kadangi pagal Kodekso 145 straipsnio struktūrą ir sankciją matyti, kad tai turi būti dar pavojingesnė veika nei grasinimas nužudyti ar sunkiai sutrikdyti žmogaus sveikatą.“

Šiuo atveju svarbu remtis Lietuvos Aukščiausiojo Teismo (- toliau LAT) išaiškinimais. LAT byloje Nr. 2K-347/2014 yra išaiškinęs, kad „BK 145 straipsnio 2 dalis apima tokius nusikalstamus veiksmus kaip žmogaus terorizavimas ir sisteminga psichinė prievarta, kurią kaltininkas naudoja prieš nukentėjusįjį, dažniausiai siekdamas pastarąjį įbauginti. Sistemingas žmogaus bauginimas gali pasireikšti grasinimais nužudyti ar sunkiai sutrikdyti sveikatą, kitais baimę, nerimą ar nesaugumo jausmą keliančiais veiksmais (pvz., besikartojančiais įžeidinėjimais, grasinimais kaip nors pakenkti, priekabavimu, atviru sekimu, gąsdinančiais naktiniais skambučiais, amoralaus pobūdžio SMS žinutėmis ir pan.). Tokios sistemingos psichinės prievartos buvimas konstatuojamas nustačius, kad nukentėjusysis sąmoningai buvo verčiamas nerimauti, nesaugiai jaustis, patirti psichologinį diskomfortą.“ Atitinkamai tokiomis išvadomis remiamasi kasacinės nutartys baudžiamosiose bylose Nr. 2K-341/2010, 2K-542/2011, 2K-198/2013. Taigi, remiantis LAT išaiškinimu, BK 145 straipsnio 2 dalis gali būti taikoma ne tik tais atvejais, kai sistemingai grasinama asmeniui atimti gyvybę ar sunkiai sutrikdyti jo sveikatą, bet ir esant mažesnio intensyvumo persekiojimo veiksams.

Darytina išvada, kad dalies kibernetinio persekiojimo atvejų galėtų būti taikoma atsakomybė BK 145 straipsnyje įtvirtintu pagrindu, jei veiksmai būtų atitinkamo pobūdžio ir intensyvumo.

3.3.2. Šmeižimas (BK 154 str.)

Kaip minėta, kibernetinis persekiojimas gali pasireikšti ir tokiomis formomis kaip melagingos informacijos kibernetinėje erdvėje skleidimas, neapykantos kurstymas aukos atžvilgiu. Tokiais veiksmais siekiama auką sugėdinti, pažeminti, priversti veikti persekiotojo naudai.

LAT baudžiamojoje byloje Nr. 2K-187-677/2015 nurodyta, jog šmeižimas yra tyčinis nusikaltimas, todėl teismas privalo nustatyti ne tik tai, kad buvo paskleista tikrovės neatitinkanti informacija, kuri žemina kito asmens garbę ir orumą, bet ir tai, kad kaltininkas suvokia tokias šios informacijos savybes (neatitiktį tikrovei ir žeminantį pobūdį) bei nori taip veikti, siekia paskleisti būtent tokią informaciją. Akcentuojama, jog „teismų praktikoje pasakymai, kad žmogus yra blogas, nepatikimas, melagis, amoralus, nenurodant tai patvirtinančių faktų, o tik pateikiant apibūdinamuosius žodžius, nelaikytini šmeižimu.“ Be to, kvalifikuojant veiką pagal BK 154 straipsnį, svarbu atriboti informaciją (faktus ir duomenis) nuo nuomonės.

Minėtame 2019 m. gruodžio 6 d. Kauno apygardos teismo nuosprendyje (Bylos Nr. 1A-224-813/2020) nustatyta, jog nuteistoji R. J. internetiniuose portaluose, siunčiamuose elektroniniuose laiškuose savo buvusius bendradarbius vadino įžeidžiančiais žodžiais, skleidė tikrovės neatitinkančią informaciją, galinčią paniekinti ar pažeminti, pakirsti pasitikėjimą. Šioje byloje buvo pasiremta ne tik BK 145 straipsniu, bet ir 154 straipsniu, numatančiu atsakomybę už šmeižimą.

Šiaulių apygardos teismas 2020 m. kovo 19 d. priėmė nutartį baudžiamojoje byloje Nr. 1A-87-519/2020, kurioje S. Ž. nuteistas už tai, kad paskleidė apie S. S. tikrovės neatitinkančią informaciją, galinčią paniektinti ir pažeminti S. S. bei pakirsti pasitikėjimą juo. Po to, kai S. Ž. paliko sutuoktinę ir su vaikais išvyko gyventi pas tėvus, jis pateikė daug S.S. šmeižiančių pranešimų prokurorams, policijos tyrėjams, Valstybinei mokesčių inspekcijai, Generalinei prokuratūrai, Prezidentūrai. Dėl to S.S. namuose nuolat lankėsi įvairių institucijų atstovai, reaguodami į S.Ž. pateiktus skundus, nukentėjusiojo atžvilgiu buvo atliekami tyrimai, priimami procesiniai sprendimai. Taip pat šmeižiančio pobūdžio informacija buvo talpinama internetiniuose portaluose. Teismas S. Ž. pripažino kaltu padarius vieną tęstinę nusikalstamą veiką, kriminalizuotą BK 154 straipsnio 1 dalyje, kuri susideda iš penkiolikos veikos epizodų, atliktų per ilgesnį nei vienerių metų laikotarpį.

Taigi, atitinkamai, nors nėra atskiros BK normos, kuri leistų taikyti atsakomybę už kibernetinį persekiojimą, remiamasi kita kodekso norma, kurioje įtvirtintas šmeižimas yra viena iš galimų kibernetinio persekiojimo formų.

3.3.3. Neteisėtas informacijos apie privatų asmens gyvenimą rinkimas (BK 167 str.)

BK 167 straipsnyje nustatyta atsakomybė už neteisėtą informacijos apie privatų asmens gyvenimą rinkimą, kuriuo kėsিনamasi į asmens privataus gyvenimo neliečiamumą. Nusikaltimas laikomas baigtu atlikus veiksmus, kuriais neteisėtai buvo renkama informacija apie privatų žmogaus gyvenimą.

Klaipėdos apylinkės teisme 2020 m. balandžio 1 d. buvo priimtas nuosprendis baudžiamojoje byloje (Nr. 1-170-718/2020), kurioje Teismas nustatė, jog M. J. ilgą laiką neteisėtai rinko informaciją apie asmens privatų gyvenimą: buvusios žmonos buto svetainėje ir vonios kambaryje po svarstyklėmis slėpė vaizdo ir garso fiksavimo įrenginius, kuriais neteisėtai slapta klausėsi, fiksavo ir rinko informaciją apie savo buvusią žmoną. Be to, jis į moters nešiojamą kompiuterį įdiegė šnipinėjimo programą.

Tam, kad elgesys būtų laikomas persekiojimu, jis turi būti pasikartojantis, nepageidaujamas, keliantis įtampą ir (arba) baimę. Kaip straipsnyje aptarta, kibernetinis persekiojimas gali pasireikšti įsilaužimu į aukos kompiuterį, duomenų bazę. Šiuo atveju bylos medžiagos analizė leidžia patvirtinti visas šias sąlygas ir teigti, jog veika, kurią įvykdė M.J. galėtų būti laikoma kibernetiniu persekiojimu.

Teismas akcentavo, jog „informacijos apie privatų asmens gyvenimą rinkimas BK 167 straipsnio 1 dalies prasme laikytinas nevienkartinis veiksmas.“ Tačiau, Teismo nuomone, šioje byloje informacijos rinkimo mastas ir trukmė ir visos aplinkybės yra pakankamos vertinti šiuos veiksmus kaip BK 167 straipsnio 1 dalyje numatytą nusikalstamą veiką. Teismas kaltinamojo M. J. veiksmus kvalifikavo pagal BK 167 straipsnio 1 dalį ir BK 198 straipsnio 1 dalį, kaip idealiąją dviejų nusikalstamų veikų sutaptį. Taigi Teismas pripažino M. J. kaltu padarius nusikaltimą, numatytą BK 167 straipsnio 1 da-

lyje – už veiką, kuri atitinka kibernetinio persekiojimo požymius ir remiantis kita BK įtvirtinta norma (BK 198 str. 1 d.), numatančia atsakomybę už neteisėtą informacijos apie privatų asmens gyvenimą rinkimą.

Kaip matome, baudžiamojo teisinio reagavimo kibernetinio persekiojimo kontekste vertėtų atkreipti dėmesį ir į Lietuvos BK XXX skyriaus nuostatas (šiam skyriuje įtvirtinama baudžiamoji atsakomybė už nusikaltimus elektroninių duomenų ir informacinių sistemų saugumui), ypač BK 198 straipsnį, numatantį atsakomybę už neteisėtą elektroninių duomenų perėmimą ir panaudojamą. Anot R. Marcinauskaitės, šio skyriaus teisinis gėris - elektroninės erdvės saugumas, kuris yra susijęs su grėsmėmis, kurias sukelia neteisėto turinio informacijos sklaidimas informacinėje erdvėje, dėl elektroninės erdvės panaudojimo pakitusios tradicinės nusikalstamos veikos, bei grėsmės, kurių atsiradimas siejamas su pačiais kibernetiniais nusikaltimais (Marcinauskaitė, 2011).

Šiame kontekste svarbu atkreipti dėmesį į kitą LAT sprendimą – byloje Nr. 2K-138/2015, kurioje LAT sprendė BK 168 ir 198 straipsnių konkurencijos klausimą. Šioje byloje vaikas įsilaužė į savo buvusios merginos elektroninio pašto paskyrą, neteisėtai perėmė bei nukopijavo jame esančią informaciją bei taip įgijo neviešus elektroninius duomenis. Teismas, sprenddamas šią bylą, visų pirma, pažymėjo, jog „BK 168 straipsnyje kriminalizuotas asmens privataus gyvenimo pažeidimas ne tik fizinėje, bet taip pat ir elektroninėje erdvėje.“ Taigi, kibernetinio persekiojimo byloje ši norma galėtų būti taikoma. Be to Teismas pažymi, jog BK 168 straipsnio 1 dalyje numatyta norma turi ir visus BK 198 straipsnio 1 dalyje nurodytus požymius, tačiau reguliuoja įstatymo leidėjo specialiai išskirtus privataus gyvenimo neliečiamumo pažeidimo atvejus. Todėl BK 168 straipsnio 1 dalyje nurodyta norma laikytina specialiaja, o BK 198 straipsnio 1 dalyje esanti – bendrąja. Teismas taip pat išaiškino, kad BK 198 straipsnio taikymas vien dėl to, kad nusikalstamos veikos dalykas, t. y. informacija apie kito žmogaus privatų gyvenimą, yra elektroninių duomenų formatu, nepagrįstas.

Taigi, Lietuvos teismai jau yra nagrinėję bylų, kuriose sprendžiamas atsakomybės už kibernetinį persekiojimą klausimas. Nors teismai šios veikos neįvardija kibernetiniu persekiojimu, remiantis bylų medžiaga, galima daryti išvadą, jog aptariamų bylų atveju nukentėjusieji patyrė kibernetinį persekiojimą. Iš atliktos bylų analizės matyti, jog teismai, kibernetinio persekiojimo byloje dažniausiai remiasi BK normomis, numatančiomis atsakomybę už terorizavimą (BK 145 str.), šmeižimą (BK 154 str.), asmens privataus gyvenimo neliečiamumo pažeidimą (BK XXIV skyrius).

Iš pateikto teismų praktikos apibendrinimo matyti, jog Lietuvoje egzistuoja galimybė kibernetinio persekiojimo atvejais taikyti baudžiamąją atsakomybę. Tačiau svarbu paminėti, jog tai nereiškia, jog šis teisinis reagavimas į kibernetinio persekiojimo nusikaltimus yra tinkamas ir pakankamas, kadangi buvo analizuoti tik tie atvejai, kuomet kibernetinį persekiojimą patyrusių asmenų skundai buvo nagrinėti teisme, nes persekiotojų veiksmai sudarė atskirą nusikalstamą veiką, už kurią numatoma atsakomybė galiojančiame BK.

Išvados

1. Atliktas tyrimas leidžia daryti išvadą, kad kibernetinis persekiojimas – tai elektroninėje erdvėje vykdomas tyčinis, pasikartojantis, nepageidaujamas elgesys, kuriuo siekiama įbauginti auką, sukelti jai įtampą. Persekiotojas auką gali įbauginti, priversti pakeisti savo įpročius, išgyventi sunkias psichines kančias. Nere-tai šios nusikalstamos veikos subjektas pasikėsina ir į papildomą baudžiamosios teisės saugomą gėrį – kibernetinės erdvės saugumą. Dalis mokslininkų teigia, jog kibernetinis persekiojimas nėra atskira nusikalstama veika, o tiesiog kitų nusi-kalstamų veikų atlikimo būdas. Įprastai kibernetiniu persekiojimu laikomi tokie veiksmai kaip įkyrus, pakartotinis nepageidaujamų žinučių siuntimas elektroni-nio ryšio priemonėmis, privačios informacijos paviešinimas elektroninėje erdvė-j, melagingos informacijos skleidimas elektroninio ryšio priemonėmis, įsilauži-mas į aukos kompiuterį, duomenų bazę. Tačiau paminėtų veiksmų sąrašas nėra baigtinis, kadangi, remiantis moksliniais šaltiniais, ekspertai vis dar nesutaria dėl tikslaus kibernetinio persekiojimo apibrėžimo bei jo atribojimo nuo „tradicinio“ persekiojimo, kuris vykdomas pasitelkus elektroninius prietaisus, kriterijų.
2. Darbe atlikta persekiotojo ir persekiojamo asmens interakcijos ir viktimizaci-jos ypatumų analizė leidžia išskirti du persekiotojų kibernetinėje erdvėje tipus: 1) persekiotojai, siekiantys bauginti auką, jai atkeršyti ir 2) persekiotojai, kurie su savo persekiojamu žmogui nori užmegzti artimesnius santykius. Oficialios statistikos duomenimis, kibernetinio persekiojimo aukomis dažniausiai tampa jaunos moterys, kurios yra persekiojamos savo buvusių partnerių arba gerbėjų. Remiantis tyrimų duomenimis, nukentėję asmenys yra linkę nesikreipti į teisė-saugos institucijas, kadangi bijo tolimesnių neigiamų pasekmių, jaučia gėdą. Ki-bernetinis persekiojimas gali neigiamai paveikti nuo persekiojimo nukentėjusių žmonių (ir jų artimųjų) gyvenimo būdą, sveikatą bei gerovę.
3. Išanalizavus kibernetinio persekiojimo kriminalizavimo užsienio valstybėse tendencijas, išryškėjo, jog daugumoje valstybių kibernetinis persekiojimas kri-minalizuotas panašiai kaip tai buvo padaryta JAV. Nors Europoje didelę reikš-mę persekiojimo, taip pat ir kibernetinio persekiojimo kriminalizavimui turėjo Budapešto konvencija (2001) bei Stambulo konvencija (2011), tačiau daugumoje Europos (kaip ir daugelyje pasaulio) valstybių kibernetinio persekiojimo krimi-nalizavimas nesulaukė deramo įstatymo leidėjo dėmesio.
4. Šiuo metu Lietuvos BK nėra atskiro straipsnio, numatančio baudžiamąją atsa-komybę už asmens persekiojimą (tiek įprastą, tiek kibernetinį). Ir nors atsiradus įstatymų leidybos iniciatyvai siekiama kriminalizuoti šį elgesį papildant BK 167¹ straipsniu, kuriame būtų numatyta atsakomybė už persekiojimą, visgi dalies tei-sininkų teigimu, toks teisinis reguliavimas būtų perteklinis, neigtų baudžiamo-sios teisės kaip *ultima ratio* prigimtį.

5. Remiantis atlikta teismų sprendimų analize galima teigti, kad teismai, nagrinėdami bylas, kuriose sprendžiamas atsakomybės už kibernetinį persekiojimą klausimas, paprastai remiasi Lietuvos BK normomis, numatančiomis atsakomybę už terorizavimą (BK 145 str.), šmeižimą (BK 154 str.), asmens privataus gyvenimo neliečiamumo pažeidimą (BK XXIV skyrius).

Literatūros sąrašas

1. Teisės norminiai aktai

1.1. Tarptautinės konvencijos

1. Europos Tarybos konvencija dėl smurto prieš moteris ir smurto artimoje aplinkoje prevencijos ir kovos su juo (2011), Europos Sąjungos Taryba, Tarpinstitucinė byla Nr. 2016/0063 (NLE).
2. Europos Tarybos konvencija dėl elektroninių nusikaltimų (2001). *Valstybės žinios*, 2004, 36-1188.
3. Europos Tarybos konvencijos dėl elektroninių nusikaltimų Papildomas protokolas dėl rasistinio ir ksenofobinio pobūdžio veikų, padarytų naudojantis kompiuterinėmis sistemomis (2003). *Valstybės žinios*, 2006, 75-2850.

1.2. Lietuvos Respublikos teisės aktai

4. Lietuvos Respublikos Konstitucija (1992). *Valstybės žinios*, Nr. 33-1014.
5. Lietuvos Respublikos baudžiamasis kodeksas (2000). *Valstybės žinios*, Nr. 89-2741.
6. Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (2000). *Valstybės žinios*, Nr. VIII-1864.
7. Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2020 m. balandžio 29 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso papildymo 167¹ straipsniu įstatymo projekto Nr. XIIIIP-3746“, TAR, 471.

1.3. Užsienio valstybių teisės aktai

8. The Indian Penal Code (1860) DL-(N)04/0007/2003, p.80.
9. California Penal Code (1872). California Office of Legislative Counsel.
10. California Civil Code (1872). California Office of Legislative Counsel.
11. The Electronic Communications Act (2001), 77th Leg.
12. The Protection from Harassment Act (1997).
13. Malicious Communications Act (1988).
14. Prevention of Electronic Crimes Ordinance (2007), The Gazzette of Pakistan.

2. Specialioji literatūra

15. Alexy, Eileen M. et al. (2005). Perceptions of cyberstalking among college students. *Brief Treat Crisis Interven*, 5(3), 279-89.
16. Al-Khateeb, H.M., Epiphaniou, G., Alhaboby, Z.A., Barnes, J. and Short, E., (2017). Cybers-talking: Investigating formal intervention and the role of Corporate Social Responsibility. *Telematics and informatics*, 34 (4), p.339-349. <http://dx.doi.org/10.1016/j.tele.2016.08.016>.

17. Bocij, P., McFarlane, L. (2003) 'The Internet: A Discussion of Some New and Emerging Threats to Young People' *The Police Journal* 76(1): 3–13.
18. Čėsniėnė, I.; Čėsna, R. (2006) Asmens persekiojimas: teisinė ir psichologinė problemos. *Juriprudencija*, 2006 11 (89); p. 27 – 33. Prieiga per internetą: <https://repository.mruni.eu/bitstream/handle/007/12503/2796-5922-1-SM.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [žiūrėta 2020 m. gruodžio 12 d.].
19. Clough, J. (2010) *Principles of Cybercrime*, p. 365–387, Monash University, Victoria, <https://doi.org/10.1017/CBO9780511845123>.
20. Fansher, A.K., Randa, R., (2019). Risky social media behaviors and the potential for victimization: a descriptive look at college students victimized by someone met online. *Violence Gender* 6 (2), p. 115–123. <https://doi.org/10.1089/vio.2017.0073>.
21. Fissel, E.R., (2019) *Victimization of the 21st Century: An Examination of Cyberstalking Victimization Using a Target Congruence Approach*. Doktoro disertacija. University of Cincinnati.
22. Grabosky, P. N. Virtual Criminality: old wine in new bottles? *Social and legal studies*, 2001, Vol. 10(2), p. 243–249.
23. Kaura, P., Dhirb, A., Tandone, A., Ebtesam, A. A., Abohassan, A. A. (2021). A systematic literature review on cyberstalking. An analysis of past achievements and future promises. *Technological Forecasting & Social Change* 163 (2021) 120426.
24. Kirwan, G; Power, A. (2013) *Cybercrime. The Psychology of Online Offenders*, p. 147-168. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511843846>.
25. Marcinauskaitė, R. Nusikalstamomis veikomis elektroninėje erdvėje pažeidžiamos pagrindinės baudžiamojo įstatymo saugomos vertybės nustatymo problema. *Socialinių mokslų studijos*, 2011, Nr. 3(3), p. 897–914.
26. Michailovič, I. (2018) Įkylrus persekiojimas ir jo aukos. *Informacijos mokslai*. 2018 82. ISSN 1392-0561. <https://doi.org/10.15388/Im.2018.82.6>.
27. Mullen, P; Pathe, M; Purcell R., (2009), *Stalkers and their Victims*, p. 33-57, 152-156, Cambridge University Press, <https://doi.org/10.1017/CBO9780511544088>.
28. Mutawa, Al Noora et al (2016). Forensic investigation of cyberstalking cases using Behavioral Evidence Analysis. *Digital Investigation*, 16, 96-103.
29. Ogilvie, E. (2000). *Cyberstalking*. Trends & issues in Crime and Criminal Justice no. 166. Canberra: Australian Institute of Criminology.
30. Pereira, F, Matos, M., 2016. Cyber-stalking victimization: what predicts fear among portuguese adolescents. *Eur. J. Crimin. Policy Res.* p. 253–270. <https://doi.org/10.1007/s10610-015-9285-7>.
31. Phillips, F; Morrissey, G; (2004). *Cyberstalking and Cyberpredators: A Threat to Safe Sexuality on the Internet*, <https://doi.org/10.1177/135485650401000105>.
32. Sheridan L.P; Grant, T. (2007), Is cyberstalking different, *Psychology Crime and Law* 13(6), DOI: 10.1080/10683160701340528.
33. Spitzberg, Brian H. and Hoobler, G. (2002). Cyberstalking and the technologies of interpersonal terrorism. *New Media & Society*, 4(1), 71-92.

34. Van der Aa, S. (2011). International (cyber)stalking. The new faces of victimhood, 191-213.
35. Van der Aa, S., Römkens, R. (2013). The state of the art in stalking legislation: Reflections on European developments. *European Criminal Law Review*. 232-256.
36. Van der Aa, S. (2018). New Trends in the Criminalisation of Stalking in the EU Member States“, *European Journal of Criminal Policy and Research*, September 2018, Volume 24, Issue 3, p. 315–333.
37. Wei-Jung, C., (2020) Cyberstalking and Law Enforcement. *Procedia Computer Science* 176.
38. Wilson, C., Sheridan, L., Garratt-Reed, D. (2020). What is Cyberstalking? A Review of Measurements. *Journal of Interpersonal Violence* 1–21.

3. Elektroniniai leidiniai

39. Working to Halt Online Abuse (WHOA: www.haltabuse.org). *Online Harassment/Cyberstalking Statistics*. [interaktyvus] Prieiga per internetą: <http://www.haltabuse.org/resources/stats/index.shtml> [žiūrėta 2020 m. gruodžio 12 d.].
40. The Crown Prosecution Service (CPS). *Stalking and Harassment* [interaktyvus] (modifikuota 2018-05-23). Prieiga per internetą: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/stalking-and-harassment> [žiūrėta 2020 gruodžio 20 d.].
41. The Stalking Resource Center. *Stalking laws* [interaktyvus] (modifikuota 2017-10). Prieiga per internetą: <http://victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-laws> [žiūrėta 2021m. vasario 2d.].
42. BBC News. *Amanda Todd case: Accused Dutch man jailed for cyberbullying*. (modifikuota 2017-03-16). Prieiga per internetą: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-39295474> [žiūrėta 2021 vasario 23d.].

4. Lietuvos teismų praktika

43. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2014 m. liepos 1 d. nuosprendis baudžiamojoje byloje Nr. 2K-347/2014.
44. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2010 m. birželio 15 d. nuosprendis baudžiamojoje byloje Nr. 2K-341/2010.
45. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011 m. sausio 6 d. nuosprendis baudžiamojoje byloje Nr. 2K-542/2011.
46. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2013 m. balandžio 26 d. nuosprendis baudžiamojoje byloje Nr. 2K-198/2013.
47. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015 m. kovo 31 d. nuosprendis baudžiamojoje byloje Nr. 2K-187-677/2015.
48. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015 m. sausio 6 d. nuosprendis baudžiamojoje byloje Nr. 2K-138/2015.
49. Šiaulių apygardos teismo 2020 m. kovo 19 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 1A-87-519/2020.
50. Kauno apygardos teismo 2020 m. kovo 10 d. nuosprendis baudžiamojoje byloje Nr. 1A-224-813/2020.
51. Klaipėdos apylinkės teismo 2020 m. balandžio 1 d. nuosprendis baudžiamojoje byloje Nr. 1-170-718/2020.

5. Kitų šalių teismų praktika

52. United States District Court for the District of Delaware Criminal Action No. 17-14-LPS (D. Del. Oct. 7, 2020).

6. Travaux préparatoires

53. Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso papildymo 167(1) straipsniu įstatymo projektas Nr. XIII-P-3746, 2019 m. liepos 25 d. Registracijos Seime Nr. 20-1026.
54. Baudžiamojo kodekso papildymo 167(1) straipsniu įstatymo projekto Nr. XIII-P-3746 aiškinamasis raštas.
55. Lietuvos Respublikos Seimo Žmogaus teisių komiteto papildoma išvada dėl Lietuvos Respublikos Baudžiamojo kodekso papildymo 167(1) straipsniu įstatymo projekto Nr. XIII-P-3746. Išvados Nr. 121-P-39.

KIBERNETINIS PERSEKIOJIMAS (CYBERSTALKING): VIKTIMIZACIJOS YPATUMAI IR TEISINIO REAGAVIMO GALIMYBĖS

Santrauka

Informacinės technologijos tapus neatsiejama kasdienio gyvenimo dalimi, vis daugiau nusikalstamų veikų įvykdomos elektroninėje erdvėje. Persekiojimas – viena tokių veikų, persikėlusių ir į kibernetinę erdvę. Dalis mokslininkų teigia, jog kibernetinis persekiojimas – atskira nusikalstama veika. Visgi yra teigiančių, jog kibernetinis persekiojimas nėra savarankiška nusikalstama veika, o tik kitų nusikalstamų veikų atlikimo būdas. Skirtingi požiūriai į kibernetinio persekiojimo reiškinį lemia nevienodas šios veikos kriminalizavimo tendencijas. Šio straipsnio autorės analizuoja užsienio valstybių praktiką, persekiojimą (bei kibernetinį persekiojimą kaip atskirą jo rūšį) pripažįstant atskira nusikalstama veika, gilinasi į teisinio reagavimo galimybes nacionalinės teisės priemonėmis, atlieka Lietuvos teismų praktikos kibernetinio persekiojimo atvejais analizę. Straipsnyje taip pat aptariami kibernetinio persekiojimo motyvai, tikslai, sąveika tarp nusikalstamos veikos subjekto ir nukentėjusiojo, išskiriamos persekiotojams bei jų aukoms būdingos ypatybės, leidžiančios atpažinti kibernetinį persekiojimą. Remiantis atlikta teismų praktikos analize, teismai, nagrinėdami bylas, kuriose sprendžiamas atsakomybės už kibernetinį persekiojimą klausimas, paprastai remiasi Lietuvos BK normomis, numatančiomis atsakomybę už terorizavimą (BK 145 str.), šmeižimą (BK 154 str.), asmens privataus gyvenimo neliečiamumo pažeidimą (BK XXIV skyrius). Galima kelti prielaidą, kad siekiant pasirinkti tinkamą atsaką į kibernetinį persekiojimą, reikalingi išsamūs tarpdisciplininiai moksliniai tyrimai.

TREČIŲJŲ ŠALIŲ SLAPUKAI: KOKS PASAULIS BE JŲ?

Justė Juškaitė, Milda Aušrinė Janušauskaitė

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto 2 kurso studentės

Saulėtekio al. 9, I rūmai, 10222 Vilnius

El. paštas: ausrine.janusauskaite@tf.stud.vu.lt; juste.juskaite@tf.stud.vu.lt

Mokslinio straipsnio akademinis kuratorius dr. Paulius Jurčys

El. paštas: pjurcys@gmail.com

Mokslinio straipsnio praktinis kuratorius Jelena Jonis

El. paštas: jelena.jonis@prevence.legal

2020 metų sausio 14 dieną Google priėmė sprendimą, kuriame paskelbė, kad nuo 2022 metų bus atsisakomi trečiųjų šalių slapukai. Tai lėmė visuotinę reakciją dėl šio siekiamo pokyčio tarptautinėje rinkoje, kadangi „sausainėlių“ pabaiga užkirs kelią rinkti bei naudoti informaciją apie vartotojus. Todėl bendrovės bus priverstos ieškoti naujų metodų, kaip pasiekti rinkodarai reikiamus duomenis. Straipsnyje analizuojama, kokios pirmosios rinkos dalyvės ėmėsi šio sprendimo įgyvendinimo, koks viso to teisinis pagrindas ir tikslai. Be to, darbe rašoma, kokią tai turės reikšmę tokiems faktoriams kaip reklamos ekosistemai, verslo modeliams bei vartotojų duomenų apsaugos reikalavimų išpildymui.

Pagrindiniai žodžiai: Slapukai, pirmųjų šalių slapukai, trečiųjų šalių slapukai, e. Privatumo direktyva.

Įvadas

Mokslinio straipsnio **tikslas** yra ištirti, kaip trečiųjų šalių slapukų panaikinimas paveiks dabartinę rinką. Šio tikslo bus siekiama analizuojant tarptautinių kompanijų pozicijas, „sausainėlių“ reguliavimo ypatumus Europos Sąjungos kontekste, trečiųjų šalių slapukų atsisakymo reikšmę verslo modeliams, įtaką duomenų bei vartotojų teisių apsaugai.

Atliekamo tyrimo **objektas** – trečiųjų šalių slapukai.

Darbo **aktualumą** lemia tai, jog šiuo metu yra keliama daug klausimų, kaip gali atrodyti rinka po Google įgyvendinto sprendimo atsisakyti trečiųjų šalių slapukų. Be to, figūruoja svarbus aspektas, kokią reikšmę vartotojų duomenų apsaugai turės šis pokytis, kadangi šiuo metu ši technologija teisiškai nėra reguliuojama eksplicitiškai.

Darbe taikomi **tyrimo metodai**: 1) istorinis – jį taikant atskleidžiama, kokią įtaką iki šiol turėjo trečiųjų šalių slapukai; 2) sisteminis – šiuo metodu atskleidžiamas teisės aktų turinys, straipsnių prasmė; 3) lingvistinis – padeda ištirti moksliniam straipsniui aktualius šaltinius ir juos tikslingai pritaikyti; 4) lyginamasis – taikomas vertinant trečiųjų šalių slapukų buvimą šiandieninėje rinkoje ir jų visišką atsisakymą ateityje; 5) tarpdisciplininis – šiuo metodu siekiama ištirti skirtingų mokslo sričių bendradarbiavimą slapukų kontekste.

Darbo **originalumą** lemia tai, jog ši tema nėra plačiai nagrinėjama Lietuvos teisės mokslo akademinėje veikloje. Taip pat, verta paminėti, jog ši tema yra aktuali ne tik Lietuvos, bet ir tarptautiniu lygmeniu.

Darbui išskirtinai reikšmingi **šaltiniai**: Vienas iš pagrindinių straipsnyje minimų šaltinių – BDAR (Bendrasis duomenų apsaugos reglamentas) (angl. *GDPR (General Data Protection Regulation)*), kuriame įtvirtinti pagrindiniai reikalavimai siekiant užtikrinti vienodo ir aukšto lygio fizinių asmenų duomenų apsaugą. Šis dokumentas svarbus įtvirtinant pagrindinius principus ir taisykles valdant, tvarkant bei perduodant surinktą asmeninio pobūdžio informaciją. Vis dėlto BDAR eksplicitiškai neįtvirtina elektroninių ryšių reguliavimo, todėl svarbu išskirti kitą šiam darbui reikšmingą teisės aktą – Europos Parlamento ir Tarybos direktyvą 2002/58/EB (Direktyva dėl privatumo ir elektroninių ryšių). Direktyva dėl privatumo ir elektroninių ryšių yra reikšminga, kadangi joje minima „sausainėlių“ sąvoka, įtvirtintas šių technologijų reguliavimas bei nurodomi reikalavimai, kurių duomenų vykdytojai turi laikytis naudodami surinktus asmenų duomenis. Šiuo teisės aktu užtikrinama pagrindinių teisių ir laisvių, visų pirma teisės į privatų gyvenimą ir komunikacijos konfidencialumą, apsauga ir asmens duomenų apsauga elektroninių ryšių sektoriuje. Tačiau siekiant visuotinai taikomo reglamentavimo norima priimti aukštesnės galios teisės aktą – reglamentą, kadangi direktyvos reguliavimo sritis yra kur kas siauresnė. Neaiški tam tikrų nuostatų redakcija ir teisinių sąvokų dviprasmybė kelia kliūtis siekiant suvienodinti taikymo praktiką. Todėl kitas itin svarbus šaltinis – Europos Parlamento ir Tarybos reglamento pasiūlymas dėl teisės į privatų gyvenimą ir asmens duomenų apsaugos elektroninių ryšių sektoriuje, kuriuo panaikinama Direktyva 2002/58/EB (Reglamentas dėl privatumo ir elektroninių ryšių). Be to, straipsnyje taip pat remiamasi teismų praktika, kuri reikšminga sprendžiant klausimus, kokie teisės aktai turi reguliuoti slapukus ginant asmens teisę į duomenų apsaugą.

1. Trečiųjų šalių slapukų reikšmė

1.1. Pirmųjų ir trečiųjų šalių slapukų palyginimas

Pradedant, svarbu aptarti, kuo skiriasi pirmųjų šalių slapukai nuo trečiųjų ir kokia yra jų reikšmė dabartinėje rinkoje. Neretai tai sukelia diskusijų vartotojams, kurie, nors ir baimindamiesi dėl savo asmeninės informacijos saugumo, visgi nežino, kaip

duomenų vykdytojai juos valdo bei kur jie keliauja po to, kai internetinių svetainių naudotojai sutinka, kad būtų naudojami slapukai. Tai rodo, kad šis išskyrimas turi ne tik teisinės, bet ir praktinės reikšmės. Taigi pradžioje svarbu yra aptarti pirmųjų šalių slapukų sąvoką.

Pirmiausia, pirmųjų šalių slapukai sukuriama interneto svetainėse, kuriose lankosi vartotojai. Jose saugoma tik pagrindinė informacija, kuri nesukelia asmens duomenų apsaugos reikalavimų pažeidimų. Šie „sausainėliai“ yra būtini siekiant vystyti internetinių puslapių veiklą tokia kryptimi, kuri atspindėtų vartotojų norus.

Tuo tarpu trečiųjų šalių slapukai naudoja kitų svetainių perduotą informaciją siekiant reklamos tikslų. Remiantis gautais duomenimis, vartotojui yra pateikiama individualizuota informacija, kuri leidžia paslaugų teikėjui siųsti skelbimus internetinės svetainės lankytojiui, siekiant, kad jis įsigytų kokio nors pobūdžio prekę. Tačiau nepaisant fakto, jog „sausainėliai“ yra itin naudingi reklamuotojams, šie taip pat kelia daugiausiai diskusijų dėl jų teisėtumo.

1 lentelė. Pirmųjų ir trečiųjų šalių slapukų palyginimas¹

	Pirmųjų šalių slapukai	Trečiųjų šalių slapukai
Pagrindinis tikslas	Sklandesnė prieiga prie svetainės	Reklaminės programos įgalinimas
Veiklos kryptis	Išsaugo prisijungimo duomenis, pirkinių krepšelį	Nukreipiami būsimi klientai jiems pereinant iš vienos svetainės į kitą
Atsiradimo šaltinis	Domenas, kurio svetainėje asmuo lankosi	Skelbimų serveriai, socialinės žiniasklaidos svetainės, komentarų rinkėjai
Sekimo apimtis	Domenas, kuris yra vartotojo lankomas	Daugelio domenų naudotojai

1.2. Trečiųjų šalių slapukų keliama žala

Svarbu išskirti trečiųjų šalių slapukų neigiamą pusę, kuri lėmė siekį jų atsisakyti. Pirmiausia, slapukai renka asmens duomenis, kurie leidžia suasmeninti reklamą. Tai kelia abejonių ar dabartinė situacija neprieštarauja duomenų apsaugos įstatymams, kadangi manoma, jog rinkimo būdai yra netinkami ar neretai neteisėti. Pavyzdžiui, 2019 metais

¹ Michal Wlosik, Michael Sweeney. *What's the Difference Between First-Party and Third-Party Cookies?* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://clearcode.cc/blog/difference-between-first-party-third-party-cookies/?fbclid=IwAR1C9NtRzKxHuul_agUgRvb_4Me-VOG9ta80NaTwzNCV33pcMgpA6gvt42o [žiūrėta 2020 m. gruodžio 17 d.].

tarptautinės advokatų kontoros DLA Piper atlikta apklausa parodė, kad nuo Bendrojo duomenų apsaugos reglamento (toliau – BDAR) įsigaliojimo (2018 metų gegužės 26 dienos) buvo padaryta 59 430 duomenų apsaugos teisės pažeidimų, naudojant slapukus². Be to, šis ginčas dažnai sukelia vartotojų nepasitikėjimą internetine svetaine. Tai įrodo atliktas tyrimas, kuriame ištirta, jog iš 150 dalyvių 68 respondentai neigiamai reaguoja į slapukų atsisakymo pranešimą dėl kylančios privatumo problemos³. Taigi galima teigti, kad po trečiųjų šalių slapukų taikymo pabaigos ši vartotojų dalis ims mažiau nerimauti dėl savo asmeninės informacijos neteisėto panaudojimo.

Antra, tekstiniai skelbimai su pranešimais apie slapukų naudojimą dažnai erzina vartotojus. Kiekvienoje svetainėje esantys tokio pobūdžio informaciniai pranešimai dažnai būna netinkami dėl savo turinio, formos bei juose pateiktos teisinės informacijos. Pavyzdžiui, byloje CNIL prieš Amazon Europe Core⁴ buvo nustatytas Amazon pažeidimas dėl netinkamo informacijos suteikimo. Tikrindama amazon.fr svetainę, CNIL (Prancūzijos duomenų apsaugos agentūra) nustatė, kad vartotojams pateikta informacija nebuvo nei aiški, nei išsami. Svetainėje rodomoje slapukų juostoje buvo pateiktas bendras ir apytikslis slapukų tikslų aprašymas („pasiūlyti ir patobulinti mūsų paslaugas“). CNIL išaiškino, kad „Amazon Europe Core“ nesugebėjimas pateikti tinkamos informacijos buvo dar akivaizdesnis vartotojams, besilankantiems svetainėje, kai jie spustelėjo kitoje svetainėje paskelbtą skelbimą. Šiuo atveju jiems nebuvo pateikta jokia informacija⁵. Tai parodo, kad direktyvos reikalaujamas slapukų iššokantis pranešimas savo turiniu nėra suprantamas vartotojams.

Be to, tokia informacija apie „sausainėlius“ eikvoja svetainių lankytojų laiką bei mažina susidomėjimą internetiniais puslapiais. Tai atskleidžia Kopenhagos universiteto inicijuotas tyrimas, kuriame iš 150 dalyvavusių asmenų 59 respondentai patvirtino, kad juos erzina iššokantis slapukų pranešimas bei tai vertina kaip naršymo patirties trikdydą⁶. Trečia, daugelis vartotojų per interneto naršykles ir „AdBlockers“ automatiškai blokuoja trečiųjų šalių slapukus dėl skirtingų priežasčių, todėl mažėja gaunama nauda, kurios tikisi paslaugų teikėjai (žiūrėti diagramą Nr. 1).

Ketvirta, šie slapukai negali būti perduodami įvairiuose įrenginiuose ar net tarp programų, o tai reiškia, kad labai sunku sekti visą kliento pirkėjo kelią. Verta paminėti,

² Chris Brook. *Almost 60,000 Post-GDPR Data Breaches Reported in Europe* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://digitalguardian.com/blog/almost-60000-post-gdpr-data-breaches-reported-europe> [žiūrėta 2021 m. vasario 15 d.].

³ Kulyk O. and others (2020). Has the GDPR hype affected users' reaction to cookie disclaimers? *Journal of Cybersecurity*, Volume 6, p. 1-14 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://academic.oup.com/cybersecurity/article/6/1/tyaa022/6046452?login=true> [žiūrėta 2021 m. vasario 21 d.].

⁴ *AMAZON EUROPE CORE v. CNIL* [CNIL], No. SAN-2020-013, [7-12-2020].

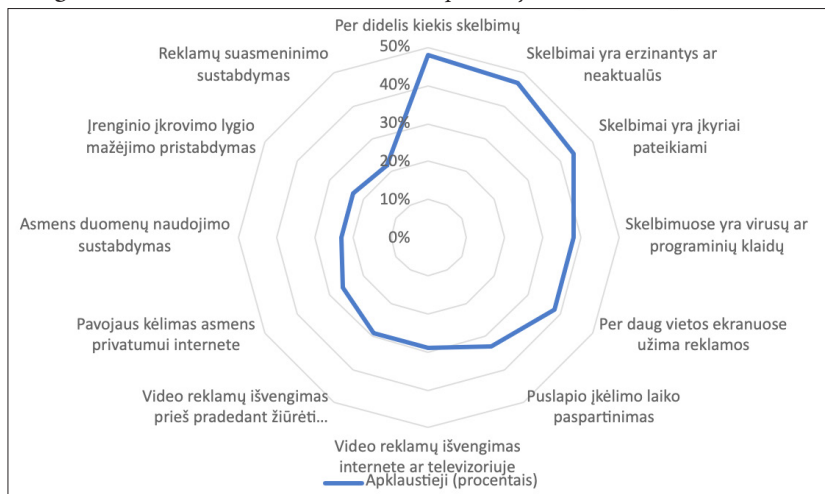
⁵ Hunton Andrews Kurth's Privacy and Cybersecurity (2020). Privacy and Information Security Law Blog, [blog] 14 December. Prieiga per internetą: <https://www.huntonprivacyblog.com/2020/12/14/cnil-fines-google-and-amazon-135-million-euros-for-alleged-cookie-violations/> [žiūrėta 2021 m. sausio 20 d.].

⁶ Žiūrėti išnašą Nr. 3

jog norint išsiaiškinti įprastą pirkėjo kelią nuo pradžios iki pabaigos, yra reikalingas milžiniškas duomenų kiekis. Dėl šios priežasties kyla dauguma problemų rinkodaros specialistams: įmonės dažnai gauna informaciją per tarpininkus, todėl tiesioginiai klientų duomenys ir atsiliepimai nėra žinomi⁷. Tai reiškia, jog kuriant verslo strategijas, tokių duomenų tikslumu pasikliauti negalima. Dėl šių priežasčių reklamos įmonėms yra sukeliama papildomi iššūkiai dėl teisingo lėšų skirstymo ir tai neretai lemia jų švaistymą, kai reklamuotojams yra pateikiami neteisingi ar pasenę slapukų duomenys.

Apibendrinant galima daryti išvadą, jog atsiradusios šios trečiųjų šalių slapukų keliamos problemos bei nestabili teisinė padėtis stimuliuoja duomenų vykdytojus strategiškai persiorientuoti ar taikyti kitas technologijas, kurios teiks naudą tiek jiems, tiek vartotojams bei visapusiškai atitiks BDAR bei Europos Parlamento ir Tarybos Direktyva dėl privatumo ir elektroninių ryšių direktyvos (toliau – e. Privatumo direktyva) reikalavimus. Visgi laukia ilgas ir nelengvas kelias ieškant naujų alternatyvų prisitaikant prie naujų rinkos pokyčių bei siekiant, kad nebūtų priverčiami pasitraukti iš šios ekonomikos krypties. Toliau straipsnyje bus nagrinėjama, kas pirmiausia ėmėsi veiksmų siekiant šių tikslų įgyvendinimo.

1 diagrama. Svarbiausios reklamos blokavimo priežastys⁸



⁷ Jeff Rajeck. *Why mapping the customer journey is so hard – and what you can do about it* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://econsultancy.com/why-mapping-the-customer-journey-is-so-hard-and-what-you-can-do-about-it/> [žiūrėta 2021 m. sausio 14 d.].

⁸ Global Web Index. *Global Ad-Blocking Behavior* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://www.globalwebindex.com/hubfs/Downloads/Global_Ad-Blocking_Behavior.pdf [žiūrėta 2021 m. vasario 9 d.].

2. Pirmieji žingsniai siekiant sukurti internetą be slapukų

Nors šiuo metu slapukai yra labiausiai paplitęs būdas, kuriuo identifikuojamas vartotojas internete ir taip suteikiamas individualus naršymas, vis dėlto atrodo, jog toks metodas praras savo reikšmę. Tokia prielaida yra daroma remiantis besikeičiančiu supratimu apie vartotojo privatumą, naujus teisės aktus, kuriais yra įvedama nauja tvarka, aiškinanti slapukų tvarkymą, pavyzdžiui, Bendrasis duomenų apsaugos reglamentas, e. Privatumo direktyva. Nuo to laiko, kai įsigaliojo BDAR (2018 m. gegužės 25 d.), žiniasklaidoje buvo daug kalbama apie duomenų privatumą, tačiau interneto vartotojai retai skiria laiko, norėdami patikslinti savo naršyklės nustatymus dėl naudojamų slapukų ir iš tikrųjų apsaugoti savo duomenis – dažniausiai jie naršo internete naudodamiesi numatytais nustatymais nesuprasdami tikrosios slapukų reikšmės.

Siekdamos suteikti vartotojams daugiau pasirinkimo ir galimybių bei taip sudarydamos sąlygas laikyti save palankesnėmis naršyklėmis nei kitos, šios per daugelį metų pristatė naujas bei skirtingas privatumo funkcijas. Verta paminėti ir tai, jog kai kurios naršyklės leidžia vartotojams blokuoti trečiųjų šalių slapukus, kurie dažniausiai yra naudojami reklamos tikslais. Kitos siekia užtikrinti gerą vartotojo patirtį, tačiau taip pat gali naudoti slapukus internetiniam stebėjimui. Tad galima daryti išvadą, jog kiekviena naršyklė trečiųjų šalių slapukus naudoja skirtingais tikslais, o vartotojai, neįsigilinę į tinklalapio nustatymus, naršo nežinodami tikrosios slapukų reikšmės bei galimų pasekmių.

Apibendrinant, svarbu paminėti, jog Google nėra pirmoji didžioji įmonė, kuri nusprendė atsisakyti trečiųjų šalių slapukų. Nors galėtų atrodyti, kad pradžią šioms pokyčiams lėmė jos įtaka, tačiau jau 2017 metais tokį sprendimą priėmė kitos didžiosios įmonės kaip Firefox bei Apple, kurios itin didelį dėmesį skyrė vartotojo privatumui.

2.1. Firefox

Firefox yra interneto naršyklė, kurią kuria pasaulyje vyraujanti atvirųjų programų organizacija Mozilla. Tai yra viena iš populiariausių interneto naršyklių, kuri 2019 m. sausio mėn. pristatė naujų privatumo valdiklių rinkinį „Firefox 65“. Šis žingsnis lėmė vartotojams nuolat įjungtą apsaugą nuo daugybės sekimo technologijų, kuriomis yra siekiama stebėti žmonių atliekamus veiksmus internete. Tačiau po šio pokyčio, Firefox inžinieriai toliau kūrė mechanizmą, saugantį vartotoją nuo sekimo internete, ir jau 2019 m. rugsėjo mėnesį išleido tobulesnę versiją.

Pirmiausia, verta paminėti tai, jog trečiųjų šalių slapukai yra vienas iš daugelio mechanizmų, kurį svetainių savininkai ir skelbimų tinklai naudoja laikydami skirtukų apie tai, kokiose svetainėse jie lankosi ir su koku jų turinio ieško. Tinklai ir svetainių savininkai gali naudoti šią informaciją kurdami asmenų istorijas ir profilius, kuriuos

vėliau naudoja skelbimams ir kitam turiniui pritaikyti – reklamai, rinkodaros tikslams. 2019 m. rugsėjo 3 d. Firefox išleidus patobulintą stebėjimo apsaugą „Firefox 69“ buvo suteikta žmonėms galimybė spustelėti piktogramą adreso juostoje, kad pamatytų, kuriuos konkrečius stebėjimo slapukus naršyklė blokuoja tam tikroje svetainėje. Ši naujovė taip pat apima apsaugą nuo kriptografų (asmenų, kurie stengiasi dešifruoti užšifruotą dokumentą (dar kitaip vadinamą kriptogramą) arba vietoje tikro dokumento perduoti pakeistą). Anot naujausių statistinių duomenų, daugiau kaip 66 % mažų ir vidutinių įmonių patyrė kibernetines atakas, kurių metu buvo siekiama pasisavinti bendrovių saugomus dokumentus. Viso to priežastis buvo plano prieš išpuolius neturėjimas, nors ir 32 % pasitelkė reikiamas priemones atakai užkirsti⁹. Galima daryti išvadą, kad net įmonėse, kuriose dirba kompetentingi informacinių technologijų sričių atstovai, negali būti visiškai užtikrinta duomenų apsauga. Tad vartotojas, kaip asmuo, neturintis specialių žinių, šioje situacijoje yra itin pažeidžiamas ir tokia naršyklė kaip Firefox suteikia papildomą apsaugos lygį.

Dabar naudojant Firefox naršyklę, vartotojams yra suteikiamos trys galimybės, kuriomis yra tiksliai sureguliuojami svetainėse vyraujantys slapukai: standartinė, griežta ir įprasta. Standartiškas pasirinkimas reiškia, jog iš pradžių užblokuoti žinomi trečiųjų šalių stebėjimo prietaisai yra tik asmeninio naršymo režimu, tačiau įsivyravus „Firefox 69“, numatytasis nustatymas apėmė ir privataus, ir standartinio naršymo režimus. Tai reiškia, kad Firefox patobulinta stebėjimo apsauga veikia visiems vartotojams, blokuodama trečiųjų šalių stebėjimo ir kriptografinius įrenginius. Verta paminėti ir tai, jog Mozilla išbandė šį nustatymą naujoms naršyklės diegimo programoms jau 2019 m. birželio mėn. Griežtasis pasirinkimas blokuoja visus žinomus stebėjimo prietaisus, trečiųjų šalių stebėjimo prietaisus, kriptografus ir pirštų atspaudus visuose languose. Vartotojai, naudojantys įprastą naršyklę, tikslina savo privatumo nustatymus, tačiau tai gali reikšti, kad svetainės gali tinkamai neveikti. Tokiu būdu yra sustabdomas daugelio rūšių stebėjimas reklamos ar rinkodaros tikslais.

Anot Marissos Wood, „Mozilla“ produkto viceprezidentės¹⁰, šiuo metu daugiau nei 20% Firefox vartotojų yra įsijungę šią patobulintą stebėjimo apsaugą. Naudojant naršyklę, yra numatoma 100% vartotojų apsauga pagal jų pačių numatytus nustatymus ir veikia taip, jog nebūtų sudaromas interneto naudotojo profilis pagal naršymo elgesio stebėjimą, kuris yra galimas net ir tada, kai vartotojas neduoda sutikimo. Patobulinta stebėjimo apsauga padeda sušvelninti šią grėsmę ir vėl leidžia valdyti internetinę patirtį pačiam vartotojui.

⁹ Adeva. Why is encrypted communications important in the workplace? [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://adeva.ch/why-is-encrypted-communications-important-in-the-workplace/> [žiūrėta 2021 m. sausio 31 d.].

¹⁰ Dennis Fisher. Firefox now blocks third-party cookies by default [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://duo.com/decipher/firefox-now-blocks-third-party-cookies-by-default> [žiūrėta 2021 m. vasario 10 d.].

Apibendrinant šias „Firefox 69“ galimybes, galima teigti, jog numatytieji nustatymai dar didelį ir neigiamą poveikį visoms skaitmeninės reklamos bei rinkodaros pramonės įmonėms, nes tai apsunkina elgesio skelbimų taikymą, dažnumo ribos nustatymą, vertinimą ir priskyrimą.

2.2. Safari

Nors Microsoft Edge naršyklė jau pradėjo blokuoti trečiųjų šalių slapukus, o Google Chrome įsipareigojo juos visiškai blokuoti iki 2022 m., vis dėlto Safari yra pirmoji pagrindinė naršyklė, kuri pagal numatytuosius nustatymus blokuoja visus trečiųjų šalių slapukus. Šie veiksmai, kuriais daugiausia dėmesio yra skiriama vartotojo privatumui, tęsiasi kelerius metus nuo „Intelligent Tracking Prevention“ (liet. *Pažangi stebėjimo prevencija*) (toliau – ITP) išleidimo, dar kitaip žinomos kaip privatumo funkcijos, pristatytos 2017 m. rugsėjo mėn.

Trečiųjų šalių slapukai buvo labai svarbūs ir tam tikra prasme vis dar yra reikšmingi formuojant skaitmeninės reklamos ekosistemą. Reklamuotojai, leidėjai ir technologijų kompanijos jais remiasi norėdami gauti pajamų iš vartotojų. Remiantis tuo, jog pagal numatytuosius nustatymus Safari blokuoja trečiųjų šalių slapukus, reklamuotojai negali tinkamai įgyvendinti skelbimų dažnio valdymo ir ribojimo, pakartotinio taikymo ar peržiūros priskyrimo modeliavimo. Nepaisant to, Safari vartotojai vis tiek matys skelbimus, tačiau jie bus netinkamai taikomi, neaktualūs ir greičiausiai kartosis per dažnai. Tad galima daryti prielaidą, jog šie laipsniški Safari žingsniai siekiant visiško trečiųjų šalių slapukų atsisakymo turi svarbų pagrindą – Apple kompanija yra itin susirūpinusi dėl savo vartotojų privatumo.

John Wilander, Apple inžinierius bei atsakingas asmuo už ITP¹¹, tikina, jog yra trys pagrindinės priežastys, kurios trečiųjų šalių slapukų atsisakymą paverčia itin reikšmingu bei svarbiu kompanijos žingsniu. Pirmiausia, nepaisant fakto, jog tokios technologijos kaip Tor ar Brave trečiųjų šalių slapukų blokavimą pavertė pranašumu prieš kitas interneto naršyklės, Safari tai taip pat galėtų pasiekti ir turėtų nemažą žiniatinklio srautą. Be to, pasidalintų savo gauta patirtimi dėl visiško trečiųjų šalių slapukų blokavimo ir padėtų kitoms naršyklėms žengti šį didelį žingsnį. Antra, nebebūtų aktyvus prisijungimas naudojant piršto antspaudus, nes naršant internetiniame puslapyje, šis gali be vartotojo sutikimo aptikti paskyras, prie kurių asmuo yra prisijungęs. Toks vartotojo informacijos nutekinimas yra galimas bet kurioje svetainėje, jei yra įgalinami trečiųjų šalių slapukai – net saugioje naršyklėje, asmuo niekada negali būti tikras, jog jo duomenys yra saugūs. Tad šis „sausainėlių“ blokavimas taptų itin svarbiu naršyklės žingsniu,

¹¹ Ted Vrontas. *Apple's Safari: The Latest Browser Blocking Third-Party Cookies & What It Means for Advertisers* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://instapage.com/blog/safari-blocking-cookies> [žiūrėta 2021 m. sausio 3 d.].

kuriuo būtų garantuojamas didesnis vartotojo duomenų saugumas. Trečia, visiškas trečiųjų šalių slapukų atsisakymas panaikina reikiamybę svetainėms turėti įsimenamąją paslaugą dėl slapukų blokavimo. Tai reiškia, jog internetiniams puslapiams nebeliktų reikiamybės įsiminti, ar vartotojas leidžia svetainėje naudoti slapukus. Tad apibendrinat galima daryti išvadą, jog trečiųjų šalių slapukų atsisakymas yra ne tik svarbus Apple kompanijos žingsnis, bet ir itin reikalingas siekiant sukurti internetą be slapukų. Tokiu būdu būtų sukurta saugesnė erdvė internete vartotojams bei garantuotas jų privatumas.

Bendraprasme, šie pokyčiai blokuojant trečiųjų šalių slapukus, yra Safari tiesioginė reakcija į naujas saugumo spragas, problemų sprendimo būdus, agresyvų stebėjimą ir šešėlinius verslo metodus. Saugumo funkcijų diegimas ir didinimas siekiant apsaugoti vartotojų privatumą nėra naujiena ir tai tęsiasi jau ne vienerius metus, tačiau kiekvieną atvejų didžiausias laimėtojas ir naudos gavėjas yra bei bus vartotojas.

2.3. Google

Google – tai viena iš didžiausių kompanijų, kuri turi pačią didžiausią įtaką šiuolaikinėje rinkoje. Ne paslaptis, kad Google turi ilgalaikę monopolinę galią bendrosios internetinės paieškos rinkoje. Pavyzdžiui, 2019 metais Google pranešė, kad visos pajamos siekia 160,7 mlrd. USD – 45% daugiau nei 2017 m. – ir daugiau nei 33 mlrd. USD grynųjų pajamų¹². Tai rodo jos galią bei pirmumą prieš kitas korporacijas, kurios siekia užimti jos vietą. Galima teigti, kad Google išlieka lyderiaujanti kompanija net ir prieš tokias dideles „gigantes“ kaip Apple. Pavyzdžiui, Google, siekdama užkariauti internetines paieškos sistemas ne tik kompiuteriuose, bet ir mobiliuosiuose įrenginiuose, moka Apple¹³. Ji tą daro tam, kad internetinė paieškos sistema iš karto nukreiptų į Google paiešką, nors ir vartotojas, norėdamas apsilankyti svetainėje pirmus veiksmus atlieka ne su Google programėlės pagalba, bet per Safari. Dėl šios priežasties ne veltui sakoma, kad panaikinus trečiųjų šalių slapukus Google nukentės mažiau nei kitos įmonės, kadangi, turėdama savo rankose tiek monopolijos, ji valdys rinką. Piktnaudžiaudama jau dabar turima savo galia, Google buvo perėmusi slapukų surinktą informaciją iš trečiųjų šalių įmonių¹⁴. Šioms, neturint kito veiksmingo pasirinkimo bei atsižvelgus į dominavimą rinkoje, neliko kitos išeities kaip tik leisti pasisavinti neteisėtai įgytą informaciją. Tokiu būdu, Google pasinaudojo savo viršenybe pasitelkdama kitų įmonių investicijas ir jų taikomas naujoves. Tad tai tik įrodo, jog kiti paieškos paslaugų teikėjai negalės pasiekti vartotojų duomenų plačiu mastu, o Google, kaip šių duomenų saugotoja, turės

¹² Subcommittee on antitrust commercial and administrative law of the committee on the judiciary. *Investigation of competition in digital markets* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.nytimes.com/interactive/2020/10/06/technology/house-antitrust-report-big-tech.html> [žiūrėta 2021 m. sausio 3 d.].

¹³ Žiūrėti išnašą Nr. 12

¹⁴ Žiūrėti išnašą Nr. 12

viršenybę prieš silpnesnius rinkos dalyvius. Todėl galima teigti, jog slapukų mirtis šią „milžinę“ paveiks netgi teigiamai.

2020 metų sausio 14 dieną Google priėmęs sprendimą atsisakyti trečiųjų šalių slapukų, kilo klausimas, kokių alternatyvų bus imtasi, kadangi, panaikinus šią technologiją, asmenų teikiamų duomenų poreikis vis tiek išliks. Nors Firefox bei Safari nieko nelaukiant ėmėsi būdų siekiant blokuoti trečiųjų šalių slapukus, Google pareiškė, kad, kol nebus tinkamos bei aiškos alternatyvos šiai technologijai, tol Chrome jie bus naudojami¹⁵. Dėl šios priežasties Google pasiūlė keletą būdų, kurie galėtų ilgainiui pakeisti slapukus. Pirmoji Google pasiūlyta alternatyva – „Privacy Sandbox“ (žiniatinklio naršyklė API) (angl. *web browser APIs*). Tai reiškia naują duomenų mainų būdą internete, kai reklamuotojas turi „paskambinti“ API, kad gautų tam tikrą informaciją apie turinčią panašių interesų vartotojų grupę, o ne atskirą asmenį, atlikusį tam tikrą veiksmą. Tai parodo, kad „Privacy Sandbox“ suteiks galimybę reklamuotojams bei skelbimų įmonėms naudotis pačios naršyklės duomenimis, nepažeidžiant vartotojų privatumo. Visgi, nors procesas sprendžia privatumo problemą, tačiau tai taip pat labai apribos galimybę pasiūlyti pritaikymą vartotojui arba 1:1 patirtį, kurios daugelis vartotojų tikisi iš savo mėgstamų prekės ženklų¹⁶, kadangi nebus atsižvelgta į atskiro asmens norus.

Antra, Google siekia, kad trečiųjų šalių slapukai būtų prieinami per HTTPS protokolą, kadangi tai užkertą kelią konfidencialių duomenų atskleidimui. Jis padeda užtikrinti serverio saugumą bei tikrumą ir tokiu būdu lankytojo kompiuterio serveriui siunčiama informacija yra suprantama tik šiems dalyviams ir tuo pat metu yra šifruojama. Tai ne tik garantuotą saugesnį internetą, bet ir leistų pačiam vartotojui tiksliai nustatyti svetainėje esančius slapukus.

Trečia, norima vėl imti naudoti kontekstinį taikymą (angl. *contextual targeting*), kuris užtikrina, jog svetainėje rodomi skelbimai atitiktų lankytojų auditoriją. Jis gali būti pagrįstas konkrečia svetaine, kanalu, puslapio tipu ar raktiniais žodžiais. Pasak „Marketing Land“, „taikant pagal kontekstą, jūsų matomi skelbimai yra rodomi pagal jūsų žiūrimą turinį, o ne jūsų bendrą elgesio profilį. Taigi, žiūrėdami į savo mezgimo tinklaraštį, matote mezgimo adatų skelbimus, o kai skaitote, kaip padidinti paspaudimų rodiklį el. Pašto naujienlaiškiuose, matote atitinkamų el. Pašto automatizavimo platformų skelbimus¹⁷“. Taigi ši technologija prisidės prie vartotojų saugumo internete užtikrinimo, kadangi trečiosios šalys nebežinos svetainių lankytojų naršymo istorijos.

¹⁵ Ubex AI. *Google Aims To Cancel Support For Third-Party Cookies In Chrome Browser Over The Next Two Years* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://medium.com/ubex/google-aims-to-cancel-support-for-third-party-cookies-in-chrome-browser-over-the-next-two-years-973ca47945a> [žiūrėta 2021 m. sausio 4 d].

¹⁶ Daniel Heer. *It's Finally Over for the 3rd Party Cookie - What Now?* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.martechadvisor.com/articles/ads/its-finally-over-for-the-3rd-party-cookie-what-now/> [žiūrėta 2021 m. sausio 4 d.].

¹⁷ Theodore F. Claypoole (2020). Toss Out the Milk, The Cookie Party is Over. *The National Law Review*, Volume X, Number 182, p. 1-3 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.natlawreview.com/article/toss-out-milk-cookie-party-over> [žiūrėta 2021 m. vasario 13 d.].

3. Trečiųjų šalių slapukų reguliavimas Europos Sąjungos kontekste

3.1. Europos Sąjungos kompetencija duomenų apsaugos srityje

Visų pirma, reikia aptarti Europos Sąjungos (toliau – ES) kompetenciją duomenų apsaugos teisės srityje. ES, bendradarbiaudama su valstybėmis narėmis, užtikrina pagrindinių šių teisių apsaugą. Remiantis sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo¹⁸ (toliau – SESV) 16 straipsnio 1 dalimi bei Pagrindinių teisių chartijos¹⁹ 8 straipsnio 1 dalimi matyti, kad ES turi išskirtinį vaidmenį pagrindinių teisių apsaugoje, kuris įtvirtintas SESV 16 straipsnio 2 dalyje.

Atkreiptinas dėmesys, kad viena iš ES sričių yra reglamentų priėmimas. Svarbu išskirti Bendrąjį duomenų apsaugos reglamentą, kuriame reglamentuojama duomenų apsauga, kaip turi būti renkami bei tvarkomi asmens duomenys²⁰. Šios kompetencijos teisinis pagrindas įtvirtintas sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 16 straipsnyje. Jis įtvirtina Europos Parlamento bei Tarybos teisę nustatyti fizinių asmenų apsaugos Sąjungos institucijoms, įstaigoms ir organams bei valstybėms narėms tvarkant asmens duomenis, kai vykdoma veikla yra susijusi su Sąjungos teisės taikymo sritimi, taisyklės ir laisvo tokių duomenų judėjimo taisyklės²¹. Ši nuostata reiškia, kad ES turi kompetenciją priimti teisės aktus, kurie reguliuotų ne tik tokias nuostatas, kurios yra tiesiogiai reglamentuojamos BDAR, bet ir nurodytų taisyklės, įtvirtinančias duomenų valdytojo pareigą tvarkant slapukus. Tai įrodo Europos Sąjungos Teisingumo teismo sprendimas byloje Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV prieš Planet49 GmbH²², kurioje išaiškinta, kad interneto svetainės naudotojo galiniame įrenginyje saugoma arba naudojama informacija yra asmens duomenys.

Be to, svarbu išskirti Europos Sąjungos teisėkūros aktą – Europos Parlamento ir Tarybos direktyvą 2002/58/EB (Direktyva dėl privatumo ir elektroninių ryšių). Joje įtvirtinti reikalavimai, kurių turi laikytis duomenų valdytojai naudodami slapukus savo internetinėse svetainėse. Pavyzdžiui, nurodyti privatumo politikos (angl. *privacy*

¹⁸ Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo. OL C 202, p. 1, 16 str.

¹⁹ Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartija. OL C 202, p. 389, 8 str.

²⁰ 2016 m. balandžio 27 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (ES) 2016/679 dėl fizinių asmenų apsaugos tvarkant asmens duomenis ir dėl laisvo tokių duomenų judėjimo ir kuriuo panaikinama Direktyva 95/46/EB (Bendrasis duomenų apsaugos reglamentas). OJ L 119, p. 1

²¹ Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo, 16 str.

²² Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV prieš Planet49 GmbH [ESTT], Nr. C-673/17, [2019-10-01]. ECLI:EU:C:2019:801

police), slapukų politikos, iššokančio pranešimo (angl. *pop-up notification*), aktyvaus vartotojo sutikimo būtinybė. Nesilaikant šių privalomų reikalavimų gali būti taikoma atsakomybė už tokį pažeidimą. Be to, nesivadovaujant šiomis direktyvoje įtvirtintomis nuostatomis, kyla vartotojų nepasitikėjimas interneto puslapiu, kuris pasižymi mažesniu vartotojų įsitraukimu ar galiausiai jų praradimu.

3.2. Europos Sąjungos valstybių vaidmuo taikant Europos Sąjungos teisę

Išsiaiškinus ES kompetenciją reguliuojant slapukus bei šiai technologijai taikomus reikalavimus, svarbu išskirti, kaip ES valstybės tai įgyvendina savo jurisdikcijos ribose. ES narės turi laikytis visuotinai taikomų reglamentų bei įgyvendinti tiesioginį vertikalų veikimą turinčias direktyvas. Pavyzdžiui, BDAR yra privalomas visoms valstybėms narėms bei tiems juridiniams ar fiziniams asmenims, kurie savo veikloje tvarko asmens duomenis. Nesilaikant reglamente įtvirtintų reikalavimų, taikoma atsakomybė bei skiriamos sankcijos, kurių dydžiui gali turėti įtakos Europos Komisija, kuri, remiantis SESV 258 straipsniu, tiria pažeidimus dėl šio įsipareigojimo nevykdymo, pareikšdama pagrįstą nuomonę valstybei narei bei suteikdama galimybę išdėstyti savo pastabas²³. Be to, ši ES institucija taip pat užtikrina tinkamą direktyvų įgyvendinimą, kuris reikšmingas siekiant Europos Sąjungos tikslų.

Svarbu paminėti e. Privatumo direktyvą. Siekiant ją įgyvendinti, vienas iš būdų yra priimti naują teisės aktą, kuris įtvirtintų ES siekius. Puikus pavyzdys yra Prancūzija, kuri, pasitelkdama teisėkūrą, išleido tokio pobūdžio dokumentą (angl. *French Data Protection Act*), kuriuo remiantis buvo priimtas sprendimas byloje Google LLC ir Google Ireland Limited prieš CNIL²⁴. Jame buvo pripažintas pažeidimas Prancūzijos atžvilgiu dėl to, kad nebuvo prašomas vartotojų sutikimas prieš pradėdant naudoti reklaminius slapukus, nebuvo vartotojams pateikiama informacija apie slapukų naudojimą bei nebuvo įdiegtas atsisakymo mechanizmas, kuriuo galėtų pasinaudoti internetinių puslapių lankytojai. Be to, sprendime buvo išaiškintas ir bylos teisingumo klausimas. Nors Google LLC bei Google Ireland Limited tvirtino, kad Prancūzijos įstatymas negali būti taikomas šioje byloje, kadangi turėtų būti taikomas BDAR bendradarbiavimo mechanizmas (žinomas kaip vieno langelio mechanizmas), o CNIL nėra pagrindinė jų priežiūros institucija taikant šį mechanizmą ir jų slapukų naudojimo praktika nepatenka į teritorinę Prancūzijos duomenų apsaugos įstatymo taikymo sritį. Buvo tvirtinama, kad turėtų būti taikomi Airijos įstatymai (Google siekė įrodyti, kad turėtų būti taikomas vieno langelio principas, kadangi jos filialas yra įsteigtas Airijoje. Teigta, jog Google

²³ Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo, 258 str.

²⁴ *GOOGLE LLC et GOOGLE IRELAND LIMITED v. CNIL* [CNIL], No. SAN-2020-012, [7-12-2020].

Ireland Limited yra tikroji Google būstinė Europoje. Dėl šios priežasties tvirtinta, jog Airijos duomenų apsaugos komisaras turėtų būtų vienintelė kompetentinga priežiūros institucija, galinti nagrinėti ginčą), tačiau visgi buvo pripažinta, kad turi būti taikomas Prancūzijos teisės aktas, kadangi šios valstybės piliečiai naudoja Google internetinėmis svetainėmis. Taigi šiuo atveju buvo taikyta *lex specialis* taisyklė (*lex specialis derogat legi generali*), todėl galima teigti, kad direktyva yra reikšmingas teisės aktas, kurį įgyvendinus valstybėse narėse, siekiama užkirsti kelią asmens duomenų apsaugos pažeidimams, kurie dažnai kyla naudojant trečiųjų šalių slapukus.

3.3. Elektroninių ryšių reguliavimo problematika

Svarbu išskirti tai, kad e. Privatumo direktyvos, reguliuojančios elektroninius ryšius, taikymui iškilo keletas reikšmingų problemų. Šios direktyvos keliamą problematiką sukėlė stimulą siekti, jog šis dokumentas būtų pakeičiamas visuotinai taikomu reglamentu. Pasiūlymas dėl e. Privatumo reglamento projekto yra pagrindinis žingsnis, kuriuo norima reguliuoti slapukus bei kitus elektroninius ryšius. Todėl būtina įvardinti, kokios šio sprendimo priežastys bei galimi rezultatai.

Pirmiausia, manoma, kad BDAR nėra pakankamas teisinis instrumentas, kuris galėtų reguliuoti asmens duomenų apsaugą elektroniniame sektoriuje. Šio reglamento pagrindinis tikslas nėra apsaugoti teisę į ryšių konfidencialumą, jame išreikštos abstrakčios normos, kurios nėra visiškai atitinkančios siekį sureguliuoti šią sferą. Taip pat reglamente aiškiai neaptariamos programine įranga paremtų aplikacijų paslaugų teikėjų teikiamos tiesioginės rinkodaros paslaugos, siunčiamos naudojant VoIP technologiją²⁵. Pavyzdžiui, vartotojas savo sutikimu suteikdamas leidimą paslaugų teikėjui siųsti reklamos skelbimus į lankytojo elektroninio pašto dėžutę turi teisę bet kuriuo metu atšaukti savo patvirtinimą ir toks siekis eksplicitiškai nurodytas pasiūlyme dėl e. Privatumo reglamento projekto.

Antra, tikima, kad iki šiol nėra užtikrinta veiksminga bei būtina teisių apsauga, kadangi sutinkama problemų, kurių sprendimas nėra niekur įtvirtintas. Pavyzdžiui, nesant priimto reglamento, vis dar nėra tinkamai sureguliuotos naujos kartos naujovės kaip Netflix, Viber ar Whatsapp. Šiuo metu galiojanti Sąjungos elektroninių ryšių sistema, įskaitant E. privatumo direktyvą, joms apskritai netaikoma²⁶. Žinant tai, kad šis reglamentas turėtų būti taikomas elektroninių ryšių duomenims, kurie tvarkomi teikiant ir naudojant elektroninių ryšių paslaugas Sąjungoje, nepriklausomai nuo to,

²⁵ Markevičius, E. (2019). E. Privatumo direktyvos įgyvendinimo problemos ir jų sprendimai e. Privatumo reglamento projekte. *Teisė*, 113, 139-154.

²⁶ Pasiūlymas EUROPOS PARLAMENTO IR TARYBOS REGLAMENTAS dėl teisės į privaty gyvenimą ir asmens duomenų apsaugos elektroninių ryšių sektoriuje, kuriuo panaikinama Direktyva 2002/58/EB (Reglamentas dėl privatumo ir elektroninių ryšių).

ar duomenys tvarkomi Sąjungoje²⁷, galima teigti, jog ateityje priimtu dokumentu turės vadovautis ir tokios naujos technologijos, kurioms reikalingi vartotojų duomenys.

Trečia, keliama problema, susijusi su vidaus rinkos pokyčiais. Pasiūlyme dėl e. Privatumo reglamento projekto nurodoma, kad direktyva ne visiškai atitinka technologijų pokyčius ir tikrąją padėtį rinkoje, todėl reali elektroninių ryšių privatumo ir konfidencialumo apsauga yra nenuosekli arba nepakankama²⁸. Vis tobulėjantys šiuolaikinio skaitmenizavimo procesai, lemiantys įrenginių naudotojų vartotojiškumą, tapo tinkamai nebereguliuojami direktyvos taikymo mastu. Valstybės, kurios priima įgyvendinimo aktus, neretai įtvirtina skirtingą teisinį reguliavimą, kuris nėra tapatus visose ES narėse. Tai lemia rinkos nenuoseklumą, kuris daro neigiamą poveikį Europos Sąjungos vidaus rinkos plėtrai bei skaidrumui ir sukelia problemų ūkio subjektams, kuriems tapo sunku vykdyti vienodą tarpvalstybinę veiklą.

Apibendrinus pagrindines priežastis, kodėl siekiama priimti tiesioginio veikimo reglamentą, galime išskirti pagrindines problemas: valstybių narių piliečių privatumas ir konfidencialumas ryšių srityje nėra visiškai užtikrintas; valstybių narių piliečiai nėra efektyviai apsaugoti nuo neužsakytų pranešimų (angl. *spam*); ūkio subjektai susiduria su kliūtimis ir nebūtinomis išlaidomis dėl neaiškaus, fragmentiško ir pasenusio teisinio reguliavimo²⁹. Visgi manoma, kad šie sunkumai išnyks, priėmus e. Privatumo reglamentą, kuris apims visas netinkamai reguliuojamas ar išvis nereguliuojamas sritis, kurios taip pat bus svarbios ir ateityje.

4. Trečiųjų šalių slapukų poveikis verslo ekosistemai

4.1. Dabartinio verslo iššūkiai diegiant slapukus

Šiandieninės aktualijos rodo, kad trečiųjų šalių slapukai turi didelę reikšmę ne tik didžiosioms pasaulinės rinkos „milžinėms“, kurios tarytum valdo visą ekosistemą, bet ir daro įtaką smulkiosioms įmonėms, kurioms taip pat „sausainėliai“ yra būtinas komponentas siekiant pagrindinių rinkodaros tikslų. Visgi naudojant trečiųjų šalių slapukus kyla problemų bei neaiškumų siekiant, kad ši technologija atitiktų teisės aktų reikalavimus. Pavyzdžiui, atlikus REFIT (Reglamentavimo kokybės ir rezultatų programa) vertinimą nustatyta, kad galiojančios e. Privatumo direktyvos tam tikrų nuostatų redakcija ir teisinių sąvokų dviprasmybė buvo kliūtis susienodinti praktiką, todėl įmonėms kilo sunkumų vykdant tarpvalstybinę veiklą³⁰.

²⁷ Žiūrėti išnašą Nr. 26

²⁸ Žiūrėti išnašą Nr. 26

²⁹ Europos Komisijos užsakyму atlikta direktyvos 2002/58 įvertinimo ir peržiūros galutinė ataskaita, p. 230 [inter aktyvus. Prieiga per internetą: http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=41232 [žiūrėta 2021 m. vasario 1 d.]

³⁰ Žiūrėti išnašą Nr. 26

Be to, remiantis vertinimo rezultatais, dėl kai kurių direktyvos³¹ nuostatų įmonėms ir vartotojams atsirado nereikalinga našta. Pavyzdžiui, galinių įrenginių konfidencialumui užtikrinti skirtos sutikimo taisyklės tikslai nepasiekti, nes galutiniams paslaugų gavėjams tenka atsakyti į prašymus leisti naudoti ilgalaikius slapukus, nors jie ir nesupranta tokių slapukų prasmės, o kai kuriais atvejais slapukai išsaugomi netgi be jų sutikimo. Sutikimo taisyklės taikymo sritis yra pernelyg plati, nes ta taisyklė taikoma ir veiklai, kuri nedaro poveikio privatumui, ir kartu per siaura, nes į jos taikymo sritį nėra aiškiai įtrauktos tam tikrų rūšių sekimo priemonės (pavyzdžiui, įrenginių identifikavimas), kurios nebūtinai turi būti susijusios su prieiga prie duomenų arba jų saugojimu įrenginyje. Pagaliau, laikytis tokios taisyklės įmonėms gali būti brangu³².

Sekantis iššūkis su kuriuo susiduria dabartiniai verslininkai – tai vartotojų nenoras priimti slapukus. Europos Sąjunga reikalauja, kad internetinių puslapių lankytojai duotų aktyvų sutikimą, kad svetainėje būtų naudojami slapukai. Visgi neretai vartotojai neatlieka šio veiksmo, todėl tokiu atveju verslas neturi teisės naudoti slapukus. Taigi kyla viena iš pagrindinių problemų – negaunama „sausainėlių“ teikiama nauda. Kiekvienam verslininkui yra svarbu žinoti, ko nori vartotojai, kad galėtų nuspręsti, kokia kryptimi vystyti savo veiklą. Jeigu tokios informacijos jis negauna, šį tikslą pasiekti tampa kur kas sudėtingiau.

4.2. Ateitis ir sprendimo būdai

Nors Google ir yra nurodžiusi, jog įmonės gali naudoti slapukus tuo atveju, jei jie yra tinkamai administruojami, vis dėlto tai nereiškia, jog reklamuotojams neteks ieškoti naujų strategijų, pakeičiančių trečiųjų šalių slapukų teikiamą naudą. Jau šiuo metu didžioji dauguma rinkodaros bendruomenės narių dalinasi abejonėmis ir baimėmis. Daugelis sutinka, jog trečiųjų šalių slapukų atsisakymas buvo neišvengiamas sprendimas, tačiau kiti baiminasi, kad tai gali turėti itin svarbią įtaką dabar vyraujančiai skaitmeninės reklamos aplinkai. Ir nors yra tikinama, jog įmonės palaiko vartotojų privatumą, tačiau dėl šio teigimo atsiranda vis daugiau pagrįstų abejonų, nes būtent tai yra neatsiejama kompanijų dalis, į kurią yra investuojamos didelės įmonės lėšos. Tad kyla pagrįsti nuogastavimai apie galimas pasekmes verslui įsigaliojus sprendimui atsisakyti „sausainėlių“ bei sprendimo būdus, kurie būtų ir naudingi, ir teiktų reikiamą informaciją apie vartotojo elgesį internete.

Trečiųjų šalių slapukų atsisakymas buvo viena iš labiausiai nuspėjamų skaitmeninės rinkodaros tendencijų pastaraisiais metais. Tad ne veltui buvo pradėta kurti naujas strategijas dar prieš įsigaliojus Google sprendimui. Ne išimtis ir verslas, kuris užsiima

³¹ 2002 m. liepos 12 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2002/58/EB dėl asmens duomenų tvarkymo ir privatumo apsaugos elektroninių ryšių sektoriuje (Direktyva dėl privatumo ir elektroninių ryšių). OJ L 201, p. 37

³² Žiūrėti išnašą Nr. 26

prekyba ar teikia paslaugas, kurios yra jam skirtos. Viena žinomiausių didmeninės prekybos sistemų yra B2B (angl. *business to business*) (liet. *verslas verslui*). Tai bendradarbiavimas tarp dviejų ar daugiau įmonių tiekiant vieni kitiems prekes, paslaugas ar informaciją³³; verslo modelis, kuriam taip pat šiuo metu yra sunkių sprendimų metas siekiant sėkmingai įgyvendinti naujus sprendimus, pakeičiančius slapukų teiktą naudą. Viena svarbiausių sričių, į kurią pirmiausia yra telkiamas dėmesys, tai optimizavimo paieškos sistemos (angl. *Search Engine Optimization*) (toliau – SEO), dar kitaip jos yra suprantamos kaip procesas, kurio tikslas yra padidinti vartotojų srautą svetainėje iš Google organinės paieškos. Kai vartotojas ieško konkretaus raktinio žodžio ar raktinių žodžių grupės, susijusios su verslu, įmonių svetainės, užsiimančios tokia veikla, bus pirmiausiai pastebimos paieškos sistemoje. Tad galima daryti išvadą, jog didžiausia nauda yra gaunama tuomet, kai svetainė yra optimizuojama pagal didelės apimties, labai tikslius raktinius žodžius, neatsižvelgiant į savo prekės ženklo pavadinimą. Tokiu būdu yra sutelkiamas dėmesys į natūralų, nemokamą vartotojų srautą pagal specifinius terminus, kuriuos į Google įveda vartotojai. Antrasis sprendimas, kuris taip pat reikalauja ypatingo įmonių dėmesio, tai laikymasis holistinio požiūrio dėl skaitmeninės rinkos. Tai reiškia, jog po truputį atsisakant trečiųjų šalių slapukų, B2B įmonės turi pažvelgti į internetinę reklamą visapusiškiau ir objektyviau: įsitraukti į socialinę žiniasklaidą, nuosekliai kurti prekės ženklą, racionaliai būti internete atlaikant vis labiau kintantį mokamos reklamos kraštovaizdį. Tad ši įvairi strategija užtikrintų, jog jei viena skaitmeninės rinkodaros plano dalis nukentėtų nuo tam tikrų išorinių veiksnių (kaip šiuo atveju, kai yra pašalinami trečiųjų šalių slapukai), tai neturėtų neigiamos įtakos prekės ženklo naudojimui ar kitoms sritims. Apibendrinant galima įžvelgti, jog galimų ir sėkmingų sprendimų būdų, kurie būtų įgyvendinti po trečiųjų šalių slapukų pašalinimo, iš tiesų yra. Kiekvienas verslas gali pasirinkti skirtingą kelią, kuriuo siektų pritraukti vartotoją, tačiau visi jie būtų vienu ar kitu atveju naudingi ir nešantys pelną.

Neišvengiama verslo dalis yra klientas ar fizinis asmuo. Tarp jų atsiranda ryšys tiekiant ar parduodant paslaugas, prekes, informaciją. Šis bendradarbiavimas reprezentuoja ir verslo sistemą B2C (angl. *business to consumer*) (liet. *verslas klientui*) – tai viena populiariausių ir plačiausiai žinomų pardavimo priemonių. Bet koks verslas, kuris remiasi B2C pardavimais, turi palaikyti gerus santykius su savo klientais, kad užtikrintų jų teigiamus atsiliepimus apie teiktas paslaugas ar kt. Verta paminėti ir tai, jog skirtingai nei „verslas verslui“, kurių rinkodaros kampanijos skirtos produkto ar paslaugos vertei parodyti, įmonės, besiremiančios B2C, savo klientams turi sukelti emocinį atsaką į savo rinkodarą – tai lemia ir gero klimato palaikymą, ir puikius pardavimus³⁴. Tačiau šie

³³ Dešiniojiranka.lt. *Kas yra B2b (verslas verslui)?* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <http://desiniojiranka.lt/kas-yra-b2b-verslas-verslui/> [žiūrėta 2021 m. sausio 12 d.].

³⁴ Will Kenton. *Business to Consumer (B2C)* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.investopedia.com/terms/b/btoc.asp> [žiūrėta 2021 m. sausio 14 d.].

modelių skirtumai nelemia fakto, jog trečiųjų šalių slapukų pašalinimas nepaveiks ir B2C. Kadangi vartotojų pasitikėjimas prekės ženklu visuomet buvo didžiausia įmonės siekiamybė, svarbu, jog toks tikslas būtų palaikomas ir toliau. O šiuo atveju, panaikinus „sausainėlius“, naujų priemonių įgyvendinimas bei žingsnis link pirmosios šalies slapukų strategijos galiausiai vartotojus paskatins dar labiau pasitikėti įmone. Tai gali būti įgyvendinta praturtinant pirmosios šalies duomenimis, remiantis žmonių, teikiančių duomenis, pasiūlymais bei antrosios šalies teikiama informacija. Tad galima daryti išvadą, jog B2C verslo modeliui trečiųjų šalių slapukų pašalinimas gali atnešti itin teigiamos naudos. Tačiau įmonės turi naudoti naujus duomenų rinkimo metodus, kad paskatintų vartotojus teikti informaciją – klientai turi suprasti, kodėl jie pateikia rinkodaros specialistams savo duomenis.

Tikinama, jog trečiųjų šalių slapukų pašalinimas yra tik vienas iš pirmųjų Google žingsnių, kuriuos įgyvendins artimu metu. Vienu svarbiausiu klausimu lieka tai, koks bus tikrasis poveikis skaitmeninės rinkodaros sričiai. Tad įmonės, kurios yra visiškai priklausomos nuo trečiųjų šalių slapukų, turėtų kuo greičiau įgyvendinti pokyčius: skirti dėmesį SEO, įvairinti rinkodaros sritį, praturtinti pirmosios šalies duomenimis savo strategiją. Ši kūrybos ir medijos kombinacija padėtų užmegzti prasmingus verslo santykius bei sudaryti aukštos kvalifikacijos potencialų klientų sąrašą.

Išvados

1. Trečiųjų šalių slapukus pakeis tokios naujos technologijos kaip „Privacy Sandbox“, kontekstinis taikymas, Firefox įgyvendinta patobulinta apsaugos programa „Firefox 69“, Safari išleista privatumo funkcija „Intelligent Tracking Protection“, kurios tikimasi, jog suteiks stabilumo bei saugumo siekiant suteikti visapusišką teisę į duomenų apsaugą.
2. Europos Sąjunga turi išskirtinį vaidmenį duomenų apsaugos teisės srityje. BDAR bei e. Privatumo direktyvoje yra įtvirtinti pagrindiniai reikalavimai, kurių duomenų valdytojai turi laikytis naudodami slapukus. Tai padeda įgyvendinti Europos Sąjungos valstybės vadovaudamosi šiais teisės aktais tiriant duomenų apsaugos teisės pažeidimus. Šis bendradarbiavimas suteikia vartotojų teisių veiksmingą gynimą, kuris turės teigiamos įtakos ir po slapukų pabaigos, siekiant reguliuoti naujas technologijas.
3. Trečiųjų šalių slapukus pakeičiančios technologijos bus reguliuojamos ateityje priimtu e. Privatumo reglamentu, jeigu asmens duomenų apsaugos pažeidimai bus padaryti Europos Sąjungos piliečių atžvilgiu. Tokiu būdu bus užpildyta teisės spraga, vyraujanti šiomis dienomis, kadangi BDAR visapusiškai neapima elektroninių ryšių reguliavimo, kuris ateityje taip pat bus reikšmingas siekiant atitikti naujų technologijų teisėtumo reikalavimus.

4. Verslo įmonės yra priverstos ieškoti naujų strategijų, kurios pakeistų „sausainėlių“ teikiamą naudą, siekiant, kad toliau galėtų būti rinkos dalimi. Viena iš strategijų, kuria galėtų vadovautis verslas – optimizavimo paieškos sistemos. Naudojant raktinius žodžius, būtų padidinamas vartotojų srautas svetainėje iš Google organinės paieškos. Kita alternatyva – holistinio požiūrio dėl skaitmeninės rinkos laikymasis tam, kad B2B įmonės pažvelgtų į internetinę reklamą visapusiškiau ir objektyviau bei galėtų lengviau prisitaikyti prie technologinių pokyčių. Tačiau trečiųjų šalių slapukų atsisakymas turės ir teigiamos reikšmės verslo įmonėms, kadangi šio sprendimo įgyvendinimas paskatins vartotojus labiau pasitikėti jomis.

Šaltinių sąrašas

Teisės norminiai aktai:

1. Europos Sąjungos sutartis. OL C 202, p. 1
2. Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo. OL C 202, p. 1
3. Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartija. OL C 202, p. 389
4. 2016 m. balandžio 27 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (ES) 2016/679 dėl fizinių asmenų apsaugos tvarkant asmens duomenis ir dėl laisvo tokių duomenų judėjimo ir kuriuo panaikinama Direktyva 95/46/EB (Bendrasis duomenų apsaugos reglamentas). OJ L 119, p. 1
5. 2002 m. liepos 12 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2002/58/EB dėl asmens duomenų tvarkymo ir privatumo apsaugos elektroninių ryšių sektoriuje (Direktyva dėl privatumo ir elektroninių ryšių). OJ L 201, p. 37
6. Pasiūlymas EUROPOS PARLAMENTO IR TARYBOS REGLAMENTAS dėl teisės į privatumą gyvenimą ir asmens duomenų apsaugos elektroninių ryšių sektoriuje, kuriuo panaikinama Direktyva 2002/58/EB (Reglamentas dėl privatumo ir elektroninių ryšių).
7. LOI n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles

Specialioji literatūra:

1. Markevičius, E. (2019). E. Privatumo direktyvos įgyvendinimo problemos ir jų sprendimai e. Privatumo reglamento projekte. *Teisė*, 113, 139-154.
2. Theodore F. Claypoole (2020). Toos Out the Milk, The Cookie Party is Over. *The National Law Review*, Volume X, Number 182, p. 1-3 [online]. Available at: <https://www.natlawreview.com/article/toss-out-milk-cookie-party-over> [Accessed 13 February 2021].
3. Kulyk O. and others (2020). Has the GDPR hype affected users' reaction to cookie disclaimers? *Journal of Cybersecurity*, Volume 6, p. 1-14 [online]. Available at: <https://academic.oup.com/cybersecurity/article/6/1/tyaa022/6046452?login=true> [Accessed 10 February 2021].

Elektroniniai leidiniai:

1. Michal Wlosik, Michael Sweeney. *What's the Difference Between First-Party and Third-Party Cookies?* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://clearcode.cc/blog/difference-between-first-party-third-party-cookies/?fbclid=IwAR1C9NtRzKxHuuI_agUgRvb_4Me-VOG-9ta80NaTwzNCV33pcMgpA6gvt42o [žiūrėta 2020 m. gruodžio 17 d.].
2. Chris Brook. *Almost 60,000 Post-GDPR Data Breaches Reported in Europe* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://digitalguardian.com/blog/almost-60000-post-gdpr-data-breaches-reported-europe> [žiūrėta 2021 m. vasario 15 d.].
3. Global Web Index. *Global Ad-Blocking Behavior* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://www.globalwebindex.com/hubfs/Downloads/Global_Ad-Blocking_Behavior.pdf [žiūrėta 2021 m. vasario 9 d.].
4. Hunton Andrews Kurth's Privacy and Cybersecurity (2020). *Privacy and Information Security Law Blog*, [blog] 14 December. Prieiga per internetą: <https://www.huntonprivacy-blog.com/2020/12/14/cnil-fines-google-and-amazon-135-million-euros-for-alleged-cookie-violations/> [žiūrėta 2021 m. sausio 20 d.].
5. Jeff Rajeck. *Why mapping the customer journey is so hard – and what you can do about it* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://econsultancy.com/why-mapping-the-customer-journey-is-so-hard-and-what-you-can-do-about-it/> [žiūrėta 2021 m. sausio 14 d.].
6. Dennis Fisher. *Firefox now blocks third-party cookies by default* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://duo.com/decipher/firefox-now-blocks-third-party-cookies-by-default> [žiūrėta 2021 m. vasario 10 d.].
7. Ted Vrontas. *Apple's Safari: The Latest Browser Blocking Third-Party Cookies & What It Means for Advertisers* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://instapage.com/blog/safari-blocking-cookies> [žiūrėta 2021 m. sausio 3 d.].
8. Subcommittee on antitrust commercial and administrative law of the committee on the judiciary. *Investigation of competition in digital markets* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.nytimes.com/interactive/2020/10/06/technology/house-antitrust-report-big-tech.html> [žiūrėta 2021 m. sausio 3 d.].
9. Ubex AI. *Google Aims To Cancel Support For Third-Party Cookies In Chrome Browser Over The Next Two Years* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://medium.com/ubex/google-aims-to-cancel-support-for-third-party-cookies-in-chrome-browser-over-the-next-two-years-973ca47945a> [žiūrėta 2021 m. sausio 4 d.].
10. Daniel Heer. *It's Finally Over for the 3rd Party Cookie - What Now?* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.martechadvisor.com/articles/ads/its-finally-over-for-the-3rd-party-cookie-what-now/> [žiūrėta 2021 m. sausio 4 d.].
11. Theodore F. Claypoole (2020). *Toss Out the Milk, The Cookie Party is Over*. *The National Law Review*, Volume X, Number 182, p. 1-3 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.natlawreview.com/article/toss-out-milk-cookie-party-over> [žiūrėta 2021 m. vasario 13 d.].
12. Faktų apie Europos Sąjungą suvestinės. *Asmens duomenų apsauga*. [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/lt/sheet/157/la-protecti-on-des-donnees-a-caractere-personnel> [žiūrėta 2020 gruodžio 30 d.].

13. Europos Komisijos užsakymu atlikta direktyvos 2002/58 įvertinimo ir peržiūros galutinė ataskaita, p. 230 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=41232 [žiūrėta 2021 m. vasario 1 d.].
14. Dešiniojiranka.lt. *Kas yra B2b (verslas verslui)?* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <http://desiniojiranka.lt/kas-yra-b2b-verslas-verslui/> [žiūrėta 2021 m. sausio 12 d.].
15. Will Kenton. *Business to Consumer (B2C)* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.investopedia.com/terms/b/btoc.asp> [žiūrėta 2021 m. sausio 14 d.].
16. Adeya. Why is encrypted communications important in the workplace? [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://adeya.ch/why-is-encrypted-communications-important-in-the-workplace/> [žiūrėta 2021 m. sausio 31 d.].

Teismų praktika:

1. *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV prieš Planet49 GmbH* [ESTT], Nr. C-673/17, [2019-10-01]. ECLI:EU:C:2019:801
2. *GOOGLE LLC et GOOGLE IRELAND LIMITED v. CNIL* [CNIL], No. SAN-2020-012, [7-12-2020].
3. *AMAZON EUROPE CORE v. CNIL* [CNIL], No. SAN-2020-013, [7-12-2020].

TREČIŲJŲ ŠALIŲ SLAPUKAI: KOKS PASAULIS BE JŲ?

Santrauka

Straipsnyje „Trečiųjų šalių slapukai: koks pasaulis be jų?“ yra analizuojamas sprendimas panaikinti trečiųjų šalių slapukus. Šio tikslo siekiama, visų pirma, dėl išryškėjusių problemų, kurias kelia „sausainėlių“ atitikimo teisės aktų reikalavimams stoka. Pirmosios šių pokyčių pradėjo imtis Firefox bei Safari nuo kurių neatsiliko ir didžiausia rinkos „milžinė“ Google. Žinant apie trečiųjų šalių slapukų teikiamą naudą, tapo akivaizdu, jog kils būtinybė atrasti alternatyvų, pakeisiančių šią technologiją. Buvo pasiūlyti šie sprendimo būdai: „Privacy Sandbox“, kontekstinis taikymas, Firefox įgyvendinta patobulinta apsaugos programa „Firefox 69“ bei Safari išleista privatumo funkcija „Intelligent Tracking Protection“.

Darbe taip pat aprašomas galimas skaitmeninės reklamos rinkos pobūdis įgyvendinus šį pokytį, kuris nulems būtinybę marketingo bei verslo įmonėms keisti strategijas vystant savo veiklą. Taip pat straipsnyje analizuojami teisiniai mechanizmai bei Europos Sąjungos institucijų siekiai teisėkūros procese, kurie padės užtikrinti vartotojų teises duomenų apsaugos srityje.

THIRD PARTY COOKIES: WHAT KIND OF WORLD IS WITHOUT THEM?

Summary

In the article “Third-party cookies: what kind of world is without them?” the decision to remove third-party cookies is being analysed. This objective is being pursued, firstly, because of the problems that have arisen as a result of the “cookies” lack of compliance with law norms. Firefox and Safari were the first ones to make these changes, followed by Google, the largest “giant” in the market. Knowing the benefits of third-party cookies, it has become clear that there will be a need to find alternatives to replace this technology. The following solutions were proposed: “Privacy Sandbox”, contextual targeting, Firefox implemented an enhanced security program “Firefox 69”, and Safari’s privacy feature “Intelligent Tracking Protection”.

The article also describes the possible nature of the digital advertising market after the implementation of this change, which will determine the necessity for marketing and business companies to change the strategies in the development of their activities. The article also analyses the legal mechanisms and aspirations of the European Union institutions in the legislative process, which will help to ensure consumer rights in the field of data protection.

ISSN 2345-0878 (spausdintas)

ISSN 2538-8916 (internete)

Teisės mokslo pavasaris 2021. Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Studentų mokslinė draugija. – Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla, 2021. – 280 p.

„Teisės mokslo pavasaris“ – kasmetinis Vilniaus universiteto Teisės fakulteto studentų geriausių darbų rinkinys. Į straipsnių rinkinį atrinkti tyrimai buvo vertinami autoritetingos komisijos, kuri pirmiausia išklausė originalius tyrėjų pristatymus. Tikslumas, gebėjimas pristatyti teisinę problemą, identifikuoti skirtingus jos sprendimo argumentus, juos supriešinti ir išgauti geriausią sprendimą – tai tos teisės profesionalo savybės, kurios būtinos sėkmingam teisininkui. Tačiau ne tik dėl to teisininko profesija yra vertinama visuomenėje. Skirtingų ideologijų, interesų, informacijos srautuose pasiklydusi visuomenė tikisi ne tik procedūrinio teisingumo – ji pirmiausia tikisi vertybinio teisingumo. Humanistiškas požiūris į žmogų, asmens laisvės gerbimas ir asmens pažeidžiamumo suvokimas, galimybė balansuoti visuomenės ir subjekto individualius interesus – tai yra savybės, be kurių negali būti įsivaizduojamas teisės profesionalas.

Viršelio dailininkė *Jurga Tėvelienė*

Maketuotoja *Nijolė Bukantienė*

Vilniaus universiteto leidykla

Saulėtekio al. 9, LT-10222 Vilnius

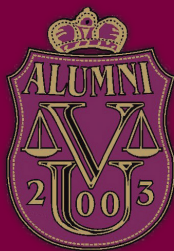
info@leidykla.vu.lt, www.leidykla.vu.lt

Tiražas 100 egz. 19,19 aut. l.

Spausdino UAB „Baltijos kopija“

Kareivių g. 13B, LT-09109 Vilnius

MECENATAS



LEIDINIO RĖMĖJAI:

CŌBALT
It's a big deal

Rödl & Partner

ISSN 2345-0878

www.tf.vu.lt/mokslas/leidiniai/

